

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La conclusion des contrats par voie électronique

Demoulin, Marie; Montero, Etienne

Published in:

Le processus de formation du contrat : contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen

Publication date:

2002

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Demoulin, M & Montero, E 2002, La conclusion des contrats par voie électronique. Dans *Le processus de formation du contrat : contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*. Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Numéro 45, Académia Bruylant, Bruxelles, p. 693-788.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

TITRE V

La conclusion des contrats par voie électronique

PAR

Marie DEMOULIN

Chercheur au Centre de Recherches Informatique et Droit (CRID)
aux Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix

ET

Étienne MONTERO

Professeur aux Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix et
à l'Université catholique de Louvain

*Les nouveautés ont cela contre elles que tout
le monde leur en veut ; le moindre faux pas les
compromet.*

Victor Hugo¹

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. C'était une prodigieuse nouveauté qu'un bateau à vapeur dans les eaux de la Manche dans la deuxième décennie du 19^e siècle. Machine du Diable pour les pêcheurs effarés de la côte normande, bête de feu et de fer pareille à Léviathan pour un prédicateur local, *'idée folle, erreur grossière, absurdité'* pour l'académie des sciences consultée, impiété pour les prêtres... Honnie par les gens simples, condamnée par la science, damnée par la religion, cette maudite mécanique cracheuse de feu faisait l'unanimité contre elle. On lui préférerait décidément le paisible et rassurant bateau à voiles. Le bateau à vapeur était plus sûr et plus rapide, mais rien n'y fit : les esprits s'obstinaient *« pour la toile contre la chaudière »*, guettant la moindre faille pour confirmer le bien-fondé de leurs appréhensions... Le bateau à voiles, et lui seul, fut déclaré orthodoxe.

Les vicissitudes du premier navire à vapeur, si savoureusement dépeintes par Victor HUGO, font sourire au détour des années. Leur évocation eut été outrecuidante si l'histoire n'était sans cesse recommencée... Aurait-on raison d'être, aujourd'hui, *« pour le papier contre le numérique »* ? D'aucuns ne s'évertuent-ils pas à gommer les défauts du premier pour mieux stigmatiser les faiblesses du second ? Il convient naturellement de passer toute nouveauté au crible de l'esprit critique, mais en dépassant désormais le stade des premières impressions.

¹ *Les travailleurs de la mer*, Paris, Garnier-Flammarion, 1980, p. 213.

Entre la fascination angélique et la suspicion timorée, nous tâcherons de mesurer l'impact de la communication électronique sur le processus de conclusion des contrats.

OBJET DE L'ÉTUDE

2. La théorie classique relative à la formation des contrats s'intéresse à des questions aussi diverses que la licéité de l'objet et de la cause des engagements pris, la capacité de contracter et la nécessité d'un consentement libre et éclairé de la partie qui s'oblige. Telles sont, comme on sait, les quatre conditions essentielles de la validité des actes juridiques (cf. l'art. 1108 C. civ.).

3. Les notions d'objet et de cause n'appellent pas de développements particuliers. Tous les contrats doivent satisfaire, de la même manière, aux exigences relatives à ces notions, qu'ils soient conclus entre personnes physiquement présentes, par échange de correspondance, par téléphone ou... par le biais d'un réseau numérique. D'une forme de communication à l'autre, seules changent les *modalités* de conclusion, et l'on ne voit pas en quoi la substance des règles concernant l'objet ou la cause devrait en être affectée. Le droit commun s'applique et il suffit de se reporter aux études qui y sont consacrées. En ce qui concerne l'objet, on sera néanmoins attentif au fait que le caractère souvent transfrontière des contrats conclus en réseau ouvert peut conduire à un contournement de certaines restrictions légales à la mise dans le commerce. Ainsi, tel produit interdit de commercialisation dans tel État peut-il y être offert à la vente via un site Web hébergé dans un autre État où sa commercialisation est parfaitement licite. Mais ce genre de difficulté ressortit au droit international privé plutôt qu'à la théorie générale de la formation des contrats.

4. La question de la capacité des parties mériterait une plus grande attention, mais cette matière relève traditionnellement du droit des personnes, conformément au plan du Code civil (cf. les articles 388 et s.). Nous nous bornerons donc à formuler une simple observation. A la faveur de la distance et d'une technologie faisant écran entre parties non présentes, il n'est pas exclu que des incapables (mineurs, faibles d'esprit...) tentent de conclure un contrat. Pour des raisons évidentes, ce danger est faible en matière de contrats conclus par échange de lettres missives ou par téléphone. Par contre, le risque est bien réel dans les réseaux ouverts, tel l'internet, qui permettent à des usagers d'entrer en relation sans se connaître au préalable. L'on peut redouter, en particulier, la conclusion de contrats à l'initiative d'un mineur, sans le consentement de ses parents. En effet, non seulement le marché des services en ligne pour enfants acquiert une importance certaine sur l'internet, mais on relève en outre que la « génération internet » est bel et bien née avec une souris dans la main et surfe sur les réseaux avec une assiduité et une habileté qui déconcertent bien des parents. Nous aurons l'occasion d'affronter ce problème, incidemment, au moment de nous pencher sur l'identification des parties sur les réseaux (*infra*, n° 68).

5. Dès lors que le contrat est un accord de volontés, le consentement apparaît, lui, comme la pierre d'angle de sa formation. Et, ici, les particularités de la communication électronique invitent à jeter sur la matière un regard neuf et chargé d'interrogations. Aussi notre étude s'attachera-t-elle principalement aux questions liées à l'appréciation des consentements échangés sur les réseaux.

LES MODALITÉS DE CONCLUSION DES CONTRATS
PAR VOIE ÉLECTRONIQUE

6. Divers sont les modes de contracter par voie électronique.

7. Tout d'abord, le contrat peut se former par un échange de courriers électroniques entre les parties. Pratiquement, l'offrant expédiera par e-mail un fichier attaché contenant le contrat et invitera son client à le lui retourner muni de sa signature électronique. A l'évidence, ce mode de communication permet également une forme de négociation entre parties (offre, contre-offre...). Ce *modus operandi* est à rapprocher de la figure des contrats conclus par échange de lettres missives. Dans les deux cas, rien n'empêche le client de prendre le temps de la réflexion avant de s'engager juridiquement. Certes, il n'est pas soumis, bon gré mal gré, au « temps des facteurs »², le média utilisé favorisant sans conteste la rapidité et, peut-être, la précipitation. Mais enfin, on ne peut nier qu'il a, en principe, tout le loisir de lire et de relire le contrat, et de se faire assister en cas de doute sur la portée de certaines clauses, avant d'y donner son consentement. L'échange de courriers électroniques comme mode de contracter n'est pas très éloigné d'autres communications individuelles, tel le *chat*, à la différence qu'en ce dernier cas, les utilisateurs engagent une discussion *en direct*, par écran interposé. Dès lors que ce type de service leur permet de dialoguer et, le cas échéant, d'échanger leur consentement *en temps réel*, force est de reconnaître que le spectre des « achats d'impulsion » n'apparaît pas un pur fantasme. Au titre des modes de communication individuelle, on ajoutera la vidéo-conférence et la téléphonie vocale sur le *net*.

8. Ensuite, le contrat peut être conclu sur le web : l'offre prend ici la forme d'un catalogue interactif que l'internaute consulte directement à l'écran. Pour passer le contrat, il est invité à compléter un formulaire (ou bon de commande) électronique et à payer, soit en transmettant son numéro de carte de crédit, soit en remplissant un bulletin de virement électronique, le tout étant ainsi effectué en ligne. Ici aussi, le temps se comprime en manière telle que des achats peu réfléchis ne sont pas à exclure *a priori*. Effectivement, les différentes phases de la démarche contractuelle (publicité, offre, acceptation, paiement, voire livraison) s'enchaînent rapidement, au rythme des « clics » successifs commandés par la souris de l'internaute. En raison de sa plus particulière originalité et des risques qu'il présente, ce mode de contracter, en direct sur le web, retiendra tout spécialement notre attention.

9. Enfin, les contrats peuvent être conclus moyennant une communication directe entre les applications des correspondants, sans intervention humaine. L'*automatisation complète* – qui suppose l'adoption d'une syntaxe commune – est la caractéristique la plus remarquable de l'échange de données informatisées (bien connu sous son abréviation d'EDI). Les systèmes informatiques assurent, de façon autonome, toutes les étapes du processus contractuel : la création, l'autorisation, l'envoi et l'interprétation des messages de commande et d'acceptation. Si ce type d'échange peut se réaliser dans des formes et selon des modalités les plus variées, une notion relativement précise de l'EDI s'est imposée au fil du temps. Celui-ci consiste en « un échange *automatisé* de messages *normalisés* et *agréés* entre applications informatiques, à l'aide d'un moyen téléinformatique »³. L'EDI représente une méthode

² L'expression est de B. DE NAYER, « Information, interaction et commerce électronique », in *I nuovi diritti nell'integrazione europea : la tutela dell'ambiente e la protezione del consumatore*, Padova, CLEUP Editrice, 1999, p. 119.

³ L. ELIAS et G. KUO WANG, *Le droit des obligations face aux échanges de données informatisées*, Cahiers du C.R.I.D., n° 8, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1992, p. 3. Aux termes de l'art. 2, b), de la loi type de la C.N.U.D.C.I., l'EDI désigne « le transfert électronique d'ordinateur à ordinateur d'une information par

transactionnelle propre aux entreprises et s'inscrit dans le cadre de relations d'affaires continues au sein de réseaux sectoriels et fermés. A ce titre, les règles applicables à pareil mode de communiquer et de contracter peuvent aisément faire l'objet d'un aménagement contractuel, moyennant un accord d'inter-échange auquel tous les participants sont tenus d'adhérer. Par contre, l'approche conventionnelle se conçoit plus difficilement sur les réseaux ouverts, où chacun peut passer des contrats à distance avec une grande variété de partenaires occasionnels. A cet égard, on note l'apparition des agents électroniques intelligents : il s'agit de systèmes programmés capables de négocier et de conclure en toute autonomie des opérations contractuelles, y compris en environnement ouvert et en l'absence d'accord-cadre préalable. Si le concept n'a pas encore donné lieu à beaucoup d'applications, il a déjà été reconnu dans la législation américaine⁴ et a fait son apparition dans divers projets de textes à l'échelon international⁵ et européen⁶.

10. En toute hypothèse, si un produit – ou un service – immatériel (logiciel, vidéo ou film à la demande, consultation d'un service d'information...) a été commandé, le contrat sera également exécuté, de façon instantanée, par le biais des réseaux. En revanche, si la commande porte sur un bien matériel (livre, vêtement, appareil électroménager...) ou un service qui se matérialise par la fourniture d'un produit (abonnement à un périodique sur support papier...), elle sera exécutée par l'intermédiaire des modes de transport traditionnels (paquet ou pli postal acheminé par avion, train, bateau, transport routier...). Ainsi donc, les contrats peuvent être soit conclus et exécutés via les réseaux, soit seulement conclus par leur biais, mais exécutés en dehors de ceux-ci.

Notre étude porte sur la seule *conclusion* des contrats par voie électronique, et ce, en environnement ouvert. Dès lors, nous n'examinons pas les cas où les parties aménagent leurs relations par le biais d'une convention-cadre, au sein des réseaux fermés. En raison de la diffusion encore très faible, sinon nulle, des agents électroniques intelligents, nous écartons également les questions particulières posées par leur utilisation en vue de contracter⁷.

l'utilisation d'une norme convenue pour structurer l'information ». La loi type est disponible sur l'internet à l'adresse suivante : www.uncitral.org/fr-index.htm.

⁴ Section 102 et s. de l'*Uniform Computer Information Transactions Act* (UCITA). Pour une approche des questions de droit contractuel posées par l'utilisation des agents électroniques, voy. J.-F. LEROUGE, « The use of electronic agents questioned under contractual law : suggested solutions on a european and american level », *The John Marshall Journal of Computer and Information Law*, Vol. XVIII, n° 2, 1999, pp. 403-433 ; J. P. FISCHER, « Computers as agents : Proposed Approach to Revised U.C.C. Article 2 », *Indiana Law Journal*, 72, 1997, p. 545.

⁵ Projet de règles uniformes de la C.N.U.D.C.I. sur les signatures électroniques, Doc. A/CN.9/WG.IV/WP.76 du 25 mai 1998, p. 13. A ce sujet, E. CAPRIOLI, « Consentement et systèmes d'information », *Revue de la recherche juridique – droit prospectif*, 1999, pp. 1075-1091, spéc. p. 1090. La notion d'agent électronique ne figure plus dans la loi type de la C.N.U.D.C.I. sur les signatures électroniques (2001).

⁶ Commentaire article par article de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 18 novembre 1998 relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, COM (1998) 586 final, p. 26. Il est précisé que les États membres devront veiller à « ne pas empêcher l'utilisation de certains systèmes électroniques comme les agents électroniques intelligents ».

⁷ A l'instar de C. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX (« Aspects de la conclusion du contrat par voie électronique », in *Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter ?*, Liège, Éditions du Jeune Barreau, 2001, pp. 139 et s., spéc. n° 12), nous sommes d'avis que la 'décision' de l'agent électronique intelligent doit pouvoir être attribuée à la partie qui fait le choix de cette technique pour conclure des contrats : « Même doté d'une intelligence artificielle, l'agent électronique ne demeure-t-il pas l'« outil de la volonté » de son utilisateur ? » (p. 168, n° 12). Par conséquent, le dysfonctionnement éventuel du programme intelligent ne

D'autant que la nouveauté de la matière justifierait des développements dont l'ampleur excède les limites assignées à la présente étude.

INCIDENCE DU NOUVEAU *MODUS OPERANDI* SUR LES QUALIFICATIONS

11. Il est clair que la qualification ne change guère en raison du mode particulier de conclusion du contrat. Ainsi, une vente reste une vente, qu'elle soit conclue – par oral ou par écrit – entre personnes présentes, ou par échange de lettres missives, ou encore par l'une ou l'autre voie électronique (sur le web, par échange d'e-mails ou par des agents électroniques). Dès l'instant où le contrat est, par essence, translatif de propriété, l'on a affaire à une vente, quel que soit le canal emprunté par les volontés pour communiquer et s'accorder. Et l'on peut en dire autant, *mutatis mutandis*, des autres types de contrats tels que le louage d'ouvrage, le louage de chose, etc.

Toutefois, on peut faire référence à la figure du contrat entre absents ou « à distance ». Mais il n'y a pas là grande originalité, tout au plus un affinement de la qualification. En règle, cette « appellation seconde » n'a pas pour objet d'écarter le régime juridique commandé par la qualification retenue. Elle participe de la « technique de la greffe »⁸, qui consiste à définir des normes de protection dont le champ d'application n'est pas déterminé par rapport à des contrats précis, mais couvre toutes sortes de contrats indépendamment de leur qualification⁹. La « sur-qualification » de « contrat à distance » renvoie à une couche supplémentaire de règles spécifiques qui viennent tantôt compléter ou renforcer celles régissant les contrats traditionnels, tantôt les aménager, voire, rarement, y déroger.

12. Diverses couches de règles peuvent ainsi se superposer, singulièrement dans le cas des contrats conclus par voie électronique. Ainsi, une vente nouée en ligne sera soumise à divers faisceaux de règles cumulatives : d'abord, celles qui trouvent leur source dans la théorie générale des obligations et dans le régime de la vente, ensuite, celles figurant dans la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur la protection et l'information du consommateur¹⁰ (dans les cas où le contrat est conclu entre un « vendeur » et un « consommateur », au sens de cette loi), enfin celles figurant dans une section particulière – intitulée « Des contrats à distance » – de cette même loi (dès lors que le « vendeur » utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat, y compris la conclusion du contrat elle-même). A ces diverses règles peuvent encore s'ajouter certaines dispositions de la future loi transposant en droit interne la directive

devrait pas être traité différemment de l'erreur humaine. Ainsi, en cas de dysfonctionnement avéré, il n'est pas exclu que le contrat puisse être annulé sur le fondement de l'erreur-obstacle, aux conditions habituelles de la notion. Comp. Y. POULLET, « La conclusion du contrat par un agent électronique », in *Commerce électronique – Le temps des certitudes*, Cahiers du C.R.I.D., n° 17, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 128 et s.

⁸ L'expression est de L. SIMONT, « Tendances et fonctions actuelles du droit des contrats », in *La renaissance du phénomène contractuel*, C.D.V.A., 1971, pp. 487 et s., spéc. p. 494.

⁹ Cf. P. VAN OMMESELAGHE, « Le consumérisme et le droit des obligations conventionnelles : révolution, évolution ou statut quo ? », in *Hommage à Jacques Heenen*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 509 et s., spéc. p. 516, n° 4.

¹⁰ *M.B.*, 29 août 1991, telle que modifiée par la loi du 25 mai 1999, *M.B.*, 23 juin 1999 (ci-après, LPC).

du 8 juin 2000 sur le commerce électronique¹¹ (dans le cas où les parties au contrat peuvent être considérées, en outre, respectivement comme un « prestataire de services de la société de l'information » et un « destinataire du service » au sens du nouveau dispositif).

Ces différents textes particuliers répondent à des préoccupations distinctes, qui peuvent se conjuguer dans certaines hypothèses, notamment dans le cas des contrats conclus par voie électronique. De manière générale, la loi sur les pratiques du commerce vise à corriger le déséquilibre inhérent aux relations de consommation, en renforçant la protection du consommateur assimilé à la partie « faible ». En particulier, sa section relative aux « contrats à distance » prend en charge les inconvénients posés par la distance séparant les parties contractantes. De son côté, la future loi sur le commerce électronique entend rencontrer les risques spécifiques liés à la conclusion de contrats sur les réseaux numériques, particulièrement en environnement ouvert, et protéger les destinataires de services, y compris les consommateurs.

Le foisonnement des régimes applicables, joint à la dispersion des sources, est un indéniable facteur de complexité. A la difficulté d'identifier, au sein de ce maquis de règles, celles applicables à chaque situation, s'ajoute la circonstance que certaines sont impératives, tandis que d'autres sont supplétives et peuvent donc faire l'objet d'aménagements conventionnels.

LES DÉFIS JURIDIQUES POSÉS PAR LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE

13. Au-delà de leur diversité, les contrats formés par voie électronique présentent des traits communs originaux, qui peuvent se décliner en trois maîtres-mots : *dématérialisation*, *interactivité* et *distance*. Chacune de ces caractéristiques soulève une série de problèmes sur le terrain de la qualité du consentement donné par les parties au contrat. Ils apparaissent comme autant de défis juridiques que nous tâchons d'identifier tour à tour.

14. Le premier défi est lié à la dématérialisation des contrats conclus sans support papier sur les réseaux. Il renvoie, plus spécifiquement, à la sécurité de l'opération et au maintien des garanties issues du formalisme de protection, essentiellement façonnées dans une culture du papier. Sur les réseaux, le processus de formation des contrats est assurément original. Les contrats sont dits « dématérialisés », au sens où l'accord des volontés ne se matérialise pas sous la forme d'un écrit-papier signé, ni par l'expédition ou la réception d'une correspondance, mais résulte d'un échange de flux immatériels et évanescents de données, transmises par ondes électro-magnétiques, fibres optiques ou diffusion hertzienne. Plusieurs risques découlent de l'usage des réseaux ouverts comme canal pour communiquer et accorder les volontés : la substitution de l'auteur ou de la source d'un message ; l'altération, accidentelle ou frauduleuse, d'un message au cours de sa transmission ; la répudiation d'un message par son émetteur ou son destinataire, qui nient l'avoir respectivement envoyé ou reçu ; la lecture du message par une personne non autorisée¹². Aussi est-il nécessaire d'assurer : que le message provient effectivement de la personne qui prétend l'envoyer ; qu'il n'a pas été modifié en cours de transmission ; que l'émetteur ne pourra nier l'avoir expédié, ni

¹¹ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), *J.O.C.E.*, n° L 178 du 17 juillet 2000, p. 1.

¹² A. MARTINEZ NADAL, *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación*, Madrid, Civitas, 1998, p. 28.

le destinataire, l'avoir reçu ; et que l'on puisse, le cas échéant, garantir sa confidentialité. Ces différents problèmes reçoivent aujourd'hui une solution, assez unanimement admise, qui a pour nom : cryptographie, et plus précisément, dans les systèmes ouverts, cryptographie asymétrique ou à clé publique, fondée sur l'utilisation de deux clés complémentaires, l'une privée et l'autre publique. Les outils de cryptographie permettent à la fois de signer un message – et, par là, de s'assurer avec certitude de l'identité de l'expéditeur, de son adhésion au contenu du message et du maintien de l'intégrité de ce dernier – et de chiffrer le message de manière à garantir la confidentialité des communications.

Il reste que les données échangées terminent leur course dans une mémoire d'ordinateur. Ainsi, le support sur lequel se cristallise, *in fine*, l'accord des volontés n'est plus le papier, apprécié de longue date pour ses qualités fonctionnelles (lisibilité, stabilité, durabilité), mais des imprévisibles et volatiles (?) octets, nettement plus sujets à caution.

Aussi convient-il de s'interroger sur l'aptitude de pareil support à remplacer adéquatement le papier comme trace fiable et durable de l'accord des volontés. On ne saurait assimiler l'écrit sous forme électronique à l'écrit sur support papier sans être certain que le premier offre les mêmes garanties que le second. Rien ne semble plus facile, en effet, que de modifier, reproduire ou effacer un document électronique. Ici aussi, la solution ne peut venir que de la technique : l'intégrité d'un document électronique, sa conservation dans la durée, la permanence de son lien avec le fichier contenant une signature... sont largement tributaires de la fiabilité des systèmes. Il en résulte que l'écrit sous forme électronique ne saurait se suffire à lui-même : il nécessite un « plus » pour s'aligner sur le papier¹³. En bref, ce « plus » passe, lui aussi, par la cryptographie – surtout en sa fonction de signature –, la certification par un tiers de confiance et les garanties de sécurité – technique – mises en place.

Reste à évaluer s'il est possible de reproduire les bienfaits des multiples formalités prescrites – souvent à peine de nullité – par nombre de textes. La plupart de ces formalités sont destinées, en général, à attirer l'attention sur l'engagement pris de manière à assurer une protection adéquate du consentement. Il y a là un défi certain dans la mesure où, d'ordinaire, ces formalités sont directement associées à l'utilisation de l'écrit papier.

15. Le deuxième défi est lié à la qualité du dialogue – et donc à l'assurance d'un consentement libre et dûment informé – dans un environnement électronique. A cet égard, les questions sont épineuses. Qu'en est-il de ce consentement dès lors que le *net* se caractérise par une grande *interactivité* et une *intégration* particulièrement poussée des différentes phases de la démarche contractuelle ? En un trait de temps, l'internaute peut se trouver engagé dans un lien contractuel : au départ, il « tombe » sur une publicité non demandée qui, lien hypertexte aidant, le dirige vers une offre présentée dans un catalogue interactif l'invitant, au gré de simples manipulations, à sélectionner des articles, à passer commande et à payer. Sans compter que les bannières publicitaires rencontrées au cours de la navigation auront été envoyées en fonction du profil de l'internaute et ne se distinguent pas toujours nettement d'un message purement informationnel ou d'une offre. On s'interroge aussi sur le sort des obligations d'information et de conseil étant donné l'*automatisation*, et, partant, la nécessaire *standardisation*, du processus contractuel. Enfin, on se demande si l'interposition d'un outil technologique complexe et opaque n'est pas de nature à hypothéquer la *transparence* du processus contractuel et, dès lors, la qualité du consentement.

¹³ Rappr. X. LINANT DE BELLEFONDS, « L'internet et la preuve des actes juridiques », *Expertises*, 1997, pp. 225-229, spéc. p. 226.

16. Le troisième défi est lié à la qualité des consentements échangés à *distance* et, souvent, *par-dessus les frontières*. La principale nouveauté réside, ici, dans l'explosion des rapports de consommation transfrontières, d'où une incertitude quant au maintien des protections légales dans un contexte transnational. A cet égard, sans entrer, naturellement, dans l'examen des règles de conflits de lois et de juridictions, il nous faudra reprendre, en revanche, une série de questions de droit des obligations et des contrats. Ainsi, on soulignera les divergences, parfois considérables, entre les États sur des notions aussi essentielles que l'offre et l'acceptation. Par ailleurs, alors que les réseaux numériques exacerbent les différentes conceptions juridiques nationales, ils semblent, à l'inverse, rapprocher les parties. Cette fausse proximité ferait presque oublier qu'un contrat conclu par voie électronique se forme, par hypothèse, sans la présence physique et simultanée des parties. Cette constatation porte spontanément à conclure que l'on a affaire à un contrat entre absents, ce qui pose la question de la détermination du moment et du lieu de formation d'un tel contrat.

17. Au total, l'articulation de l'exposé suit naturellement notre triple questionnement : qu'en est-il des garanties d'un consentement libre et éclairé dans un environnement à la fois *dématérialisé* (chap. I), *électronique* et *interactif* (chap. II), et marqué par une abolition de la *distance* et des *frontières* (chap. III) ?

CHAPITRE PREMIER

LE FORMALISME À L'AUNE DES CONTRATS DÉMATÉRIALISÉS

SECTION 1^{re} . – LA MONTÉE EN PUISSANCE DU FORMALISME

18. A la différence de l'ancien droit romain – qui subordonnait l'existence du contrat au respect de certaines formes –, le Code civil de 1804, lui, est consensualiste, en ce sens qu'il refuse de soumettre, par principe, la force obligatoire du contrat à la nécessité pour les parties de couler leur volonté dans des formes préétablies. Cependant, le Code ne rejette pas non plus le formalisme dès lors qu'il soumet la validité de certains contrats nommés au respect de solennités : la donation, le contrat de mariage ou la constitution d'hypothèque.

Comme l'ont relevé, à juste titre, maints auteurs¹⁴, l'on assiste à une indéniable résurgence du formalisme. Celui-ci ne tient pas, comme dans les législations primitives, à l'idée que la volonté serait impuissante par elle-même à produire des effets juridiques, l'individu ne pouvant se lier que par des rites et des paroles solennels. Dans nombre de lois récentes, spécialement en droit de la consommation et en droit du travail, les exigences de forme deviennent un instrument privilégié de protection de la partie faible, que l'on entend garder du risque de s'engager à la légère¹⁵. A cet égard, le formalisme nouveau diffère du formalisme « instituant » du Code civil, réservé aux actes graves.

Ainsi que l'a exposé X. LAGARDE, sur le plan technique, les formes du Code civil se caractérisent par leur simplicité (obligation de s'adresser à un notaire ou de rédiger un écrit) et leur globalité, alors que les formes – ou mieux, les formalités – modernes sont *parcellaires* (elles visent seulement certains aspects de l'acte envisagé), *finalisées* (loin d'instituer les parties en un nouveau statut, les formalités nouvelles poursuivent divers objectifs particuliers) et de *nature formulaire* (le législateur énumère une série de mentions obligatoires à faire figurer dans l'acte, il détermine souvent la forme qu'elles doivent revêtir, non sans imposer parfois des formules bien précises)¹⁶.

¹⁴ Voy., notamment, M. FONTAINE, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels – Rapport de synthèse », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels – comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 627, n° 19 ; J.-M. TRIGAUX, « L'incidence de plusieurs législations récentes sur le droit commun des obligations en matière de formation des contrats », *Ann. Dr.*, 1997, pp. 189-238 ; J.-L. FAGNART, « La formation et l'exécution des contrats », in E. BALATE et J. STUYCK (éds), *Pratiques du commerce et information et protection du consommateur/Handelspraktijken en voorlichting en bescherming van de consument*, Coll. Droit et Consommation, XVIII, Bruxelles, E. Story-scientia, 1988, pp. 120 et s. ; T. BOURGOIGNIE, *Eléments pour une théorie du droit de la consommation*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1988, spéc. pp. 211 et s., n° 96 et les réf. ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, premier volume : Obligations. Théorie générale, 9^e éd. par F. CHABAS, Paris, Montchrestien, 1998, p. 72, n° 85.

¹⁵ Cfr. la contribution de P. BRASSEUR, *supra*, Titre IV.

¹⁶ X. LAGARDE, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *J.C.P.*, E, 1999, I 170, pp. 1767-1775, spéc. p. 1773.

L'observation nous amène à examiner de plus près les manifestations et les objectifs du formalisme moderne, qui, en l'état, constitue un obstacle certain à la conclusion de nombre de contrats par voie électronique.

I. – *Les manifestations du formalisme*

19. Il est permis d'estimer que les exigences de forme peuvent être de quatre types. Selon le législateur européen¹⁷, il peut s'agir d'un formalisme relatif au support, d'un formalisme relatif à la présence humaine ou à la localisation et d'un formalisme relatif à l'implication de tiers. Nous y ajouterons le formalisme relatif à la remise de la chose. Il est clair que ces différentes manifestations du formalisme peuvent être cumulées.

Le *formalisme relatif au support* est omniprésent dans les législations récentes. Il se présente sous des visages divers. Il est question de formalités telles que l'exigence d'un support *papier*, d'une *notification* ou d'un *écrit* (le cas échéant, l'acte doit être *écrit en entier de la main* de celui qui s'oblige), la nécessité d'une *signature*, de *mentions manuscrites* ou d'un envoi par *lettre* ou par *lettre recommandée à La Poste*, la référence à l'utilisation d'un *document* ou *formulaire particulier*, la nécessité de créer plusieurs *exemplaires*, l'exigence de *mentions obligatoires*, des *originaux multiples*, d'une *impression* ou d'une *publication*, la nécessité de présenter une *copie*, de rédiger un *avenant*, de délivrer un *bon de commande* ou une *facture*, de présenter les informations publicitaires sous forme de *prospectus*, etc.

Le *formalisme relatif à la présence humaine ou à la localisation* est moins fréquent, mais apparaît néanmoins çà et là. Sont visées des formalités telles que la nécessité de négocier ou de conclure en présence des parties ou dans des lieux particuliers, la nécessité d'effectuer un inventaire, l'obligation de vendre dans les locaux où les produits étaient habituellement mis en vente, etc.

Le *formalisme relatif à l'implication de tiers* est généralement requis pour des actes « graves » (contrat de mariage, vente immobilière, donation, etc.), pour lesquels il est impératif de faire prendre conscience aux parties de l'importance de l'engagement pris, d'offrir à celles-ci les conseils d'un professionnel ou encore de protéger des intérêts publics (assurer la sécurité juridique grâce à l'effet préventif des formalités, permettre le contrôle de certains actes pour des raisons fiscales, etc.) (*infra*, n° 20 et s.). Ainsi, on vise les formalités telles que l'authentification d'un acte par un notaire ou un autre officier public, la conclusion d'un contrat en présence de témoins, l'enregistrement ou le dépôt d'un acte auprès d'un tiers ou d'une autorité publique, la signification d'un acte par exploit d'huissier, la déclaration de la renonciation au renouvellement d'un acte devant le juge, etc.

Enfin, le *formalisme relatif à la remise de la chose* fait référence à la catégorie des contrats réels, dont la validité est subordonnée à la remise de la chose qui fait l'objet du contrat. On en dénombre trois dans le Code civil de 1804 : le *gage*¹⁸, le *prêt*¹⁹ et le *dépôt*²⁰. On peut y ajouter

¹⁷ Cf. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 18 novembre 1998 relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, COM (1998) 586 final, p. 27.

¹⁸ Art. 2071 et s. L'article 2076 du Code civil précise que le privilège du créancier gagiste ne subsiste que pour autant que le gage a été *mis et est resté en possession* du créancier ou d'un tiers convenu entre parties.

¹⁹ Qu'il s'agisse du prêt à usage ou *commodat* (art. 1875), ou du prêt de consommation (art. 1892).

le *don manuel*, qui constitue un cas particulier : on le qualifie de réel de façon à le faire échapper à la règle de l'article 931 du Code civil, dont il résulte que les donations se font exclusivement sous la forme d'actes authentiques passés devant notaire²¹.

II. Les buts du formalisme

20. Les objectifs du formalisme sont multiples et il serait vain de prétendre en dresser une liste exhaustive, d'autant que chacun des objectifs généraux identifiés peut encore être subdivisé en divers objectifs particuliers²². Les exigences de forme imposées par la loi dans la conclusion de certains contrats visent, notamment, à favoriser un contrôle par une autorité administrative, voire par le juge, sur le contrat conclu²³, ou encore à protéger des intérêts publics²⁴. Au-delà, la doctrine classique distingue habituellement le formalisme à des fins de protection, le formalisme à des fins probatoires et le formalisme à des fins de publicité.

21. Ainsi, le formalisme de l'écrit et des mentions obligatoires est souvent prescrit dans un but de protection du consentement des parties à l'acte juridique, généralement celui de la partie faible. Les formalités imposées à cette fin représentent généralement un élément de validité du contrat, qui peut dès lors être qualifié de contrat solennel. En effet, il y a entorse au principe du consensualisme dès l'instant où l'accord des volontés ne suffit pas, à lui seul, à faire naître valablement un contrat²⁵. Ainsi, aujourd'hui, nombre de contrats de travail et la

Le terme « *livre* » utilisé dans les articles 1875 et 1892 du Code civil permet également de conclure à la nécessité d'une remise de la chose pour que les contrats de prêt à usage ou de consommation soient valablement formés.

²⁰ Art. 1915. Aux termes de l'article 1919, le dépôt n'est *parfait* que par la *tradition réelle ou feinte* de la chose déposée. Les contours d'une éventuelle *tradition feinte* sont définis au second alinéa : il s'agit de la situation dans laquelle « le dépositaire se trouve déjà nanti, à quelque autre titre, de la chose que l'on consent à lui laisser à titre de dépôt ».

²¹ Il s'agit ici de protéger le donateur contre sa propre légèreté et contre la captation, tout en n'exigeant pas la lourdeur et le coût qu'implique l'acte authentique.

²² Ainsi, le « Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la C.N.U.D.C.I. sur le commerce électronique (1996) » énumère, dans une liste non exhaustive, pas moins de 11 fonctions traditionnellement assignées à la seule exigence de l'écrit sur papier : « 1) veiller à ce qu'il y ait des preuves tangibles de l'existence et de la nature de l'intention manifestée par les parties de se lier entre elles ; 2) aider les parties à prendre conscience des conséquences de la conclusion du contrat ; 3) fournir un document lisible par tous ; 4) fournir un document inaltérable et conserver en permanence la trace de l'opération ; 5) permettre la reproduction d'un document de manière que chaque partie ait un exemplaire du même texte ; 6) permettre l'authentification des données au moyen d'une signature ; 7) assurer que le document se présente sous une forme acceptable par les autorités publiques et les tribunaux ; 8) consigner l'intention de l'auteur de l'écrit et conserver la trace de cette intention ; 9) permettre un archivage aisé des données sous une forme tangible ; 10) faciliter le contrôle et les vérifications ultérieures à des fins comptables, fiscales ou réglementaires ; 11) établir l'existence de droits et obligations juridiques dans tous les cas où un écrit était requis aux fins de validité ».

²³ Tel est, en particulier, l'un des buts du formalisme imposé dans la conclusion de certains types de contrats de travail. A ce sujet, M. VERICEL, « Le formalisme dans le contrat de travail », *Dr. Soc.*, 1993, pp. 818-825, spéc. pp. 819 à 820.

²⁴ A cet égard, voy., par exemple, J.-F. TAYMANS, « Recueillir et authentifier le consentement : l'expérience notariale confrontée à la certification électronique », in B. DE NAYER et J. LAFFINEUR (éds), *Le consentement électronique*, Coll. Droit et consommation, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 347-362.

²⁵ Cf., par exemple, J.-M. TRIGAUX, *op. cit.*, p. 205.

plupart des contrats conclus avec les consommateurs sont à ranger dans la catégorie des contrats solennels.

22. Le formalisme probatoire est bien connu et l'on ne s'y attardera donc guère (cf. l'art. 1341 C. civ.). Pareil formalisme n'affecte pas la validité du contrat mais, en cas de différend, il est de nature à faciliter la preuve de l'existence du contrat et des droits qui en découlent. En cas de non-respect d'une formalité prescrite *ad probationem*, le contrat reste donc valable, mais son exécution pourra être plus difficile à obtenir.

23. Le formalisme de publicité est imposé, dans certains cas, à des fins d'opposabilité aux tiers²⁶. La sanction prévue en cas de non-respect des formalités prescrites est ici l'inopposabilité du contrat aux tiers de bonne foi, sa validité et son exécution n'étant, elles, nullement affectées.

24. Enfin, il est à remarquer que les diverses finalités du formalisme ne sont pas exclusives l'une de l'autre. Au contraire, dans la plupart des cas, une exigence de forme poursuit divers objectifs. Deux exemples suffisent à illustrer ce propos : 1° le formalisme probatoire poursuit souvent, en outre, un objectif de protection dans la mesure où l'exigence de l'écrit, éventuellement signé, amène les parties à mieux mesurer la portée et l'étendue de leur engagement ; 2° le formalisme lié à l'intervention d'un tiers (notaire, le plus souvent) poursuit au moins un triple objectif : il est à la fois relatif à la preuve (date certaine...), à la protection du consentement (dès l'instant où pèse sur le tiers un devoir d'information et de conseil) et à la protection des intérêts publics.

III. *La nécessité d'une intervention législative*

A. Principe : la suppression des obstacles à la conclusion des contrats par voie électronique

25. Les formalités évoquées, multiples et diversifiées quant à leur nature et à leurs objectifs, constituent autant d'obstacles à la conclusion de la plupart des contrats par voie électronique. A tout le moins créent-elles une grande insécurité juridique pour les parties, dans la mesure où il n'est pas exclu qu'elles puissent faire l'objet d'une interprétation formaliste. Aussi une intervention du législateur s'impose-t-elle afin d'adapter notre système juridique en vue de permettre la conclusion de ces contrats en environnement ouvert.

Pareille intervention est d'ailleurs rendue obligatoire par le législateur européen. En effet, la directive européenne sur le commerce électronique enjoint aux États membres de « veiller à ce que leur système juridique rende possible la conclusion des contrats par voie électronique » (art. 9, § 1^{er}). A ce titre, ils doivent veiller « notamment à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse pas obstacle à l'utilisation des contrats électroniques ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridiques de tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique » (*sic*). A cet effet, chaque État membre a l'obligation d'ajuster sa législation dans la mesure où elle contient des exigences de forme. Il ne s'agit pas de supprimer nécessairement ces dernières, mais de faire en sorte qu'elles

²⁶ On songe, notamment, aux hypothèses bien connues de la transcription des mutations immobilières dans le registre de la conservation des hypothèques, de l'enregistrement du bail d'habitation, de la notification de la cession de créance au débiteur cédé ou de la publication des actes constitutifs des sociétés commerciales.

puissent être satisfaites à l'aide d'équivalents électroniques (voir le considérant n° 35). Ainsi que le précisent le considérant n° 34 et les travaux préparatoires de la directive²⁷, l'examen des législations nécessitant un ajustement doit se faire de manière *systématique* et porter sur *l'ensemble des étapes et des actes nécessaires au processus contractuel*. Il ne faut donc pas se méprendre sur la portée exacte de l'article 9, § 1^{er}. Bien qu'il vise la « conclusion des contrats par voie électronique », toutes les étapes du « processus contractuel » sont en réalité concernées, depuis la publicité jusqu'à l'archivage, en passant par la négociation, l'invitation à offrir ou l'offre de contracter, la conclusion proprement dite du contrat, l'enregistrement, le dépôt, la modification du contrat par avenant ou sa résiliation et la facturation (à cet égard, la problématique est essentiellement fiscale). En définitive, il s'agit de lever le moindre obstacle à l'automatisation complète du processus contractuel.

B. Tempéraments au principe

26. Selon le paragraphe 2 de l'article 9, « Les États membres peuvent prévoir que le paragraphe 1 ne s'applique pas à tous les contrats ou à certains d'entre eux qui relèvent des catégories suivantes :

- a) les contrats qui créent ou transfèrent des droits sur des biens immobiliers, à l'exception des droits de location ;
- b) les contrats pour lesquels la loi requiert l'intervention des tribunaux, des autorités publiques ou de professions exerçant une autorité publique ;
- c) les contrats de sûretés et garanties fournis par des personnes agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité professionnelle ou commerciale ;
- d) les contrats relevant du droit de la famille ou du droit des successions ».

Pour ces catégories de contrats, les États membres ne sont pas tenus d'effectuer l'examen systématique évoqué ci-dessus, ni de supprimer les obstacles à leur conclusion par voie électronique²⁸. Les contrats ainsi exclus sont notamment : la vente, la donation et l'hypothèque d'un bien immobilier ; la constitution ou la cession d'un usufruit sur un bien immobilier, d'une servitude ou d'un droit d'habitation ; le contrat de mariage ; les contrats devant être conclus devant un officier public (un notaire, p. ex.) ; le contrat de gage ou de caution personnelle.

27. Ces contrats sont des actes graves, qui, comme on l'a vu, instituent les parties en un nouveau statut. Il n'est donc pas incongru d'estimer que leur conclusion doit être entourée de nombreuses garanties (autres que la seule exigence d'un écrit) – telles que l'intervention d'un tiers (notaire, juge...), un enregistrement à des fins d'opposabilité aux tiers, la réalisation d'un inventaire matériel, la présence de témoins, etc.

Par conséquent, la Commission européenne a fait preuve d'une sagesse louable en laissant le temps de la réflexion aux États membres. Il y a lieu, en effet, que ceux-ci examinent en profondeur les fonctions assignées à chacune des formes requises et s'interrogent sur la manière d'y satisfaire dans un environnement électronique. Il conviendra aussi d'évaluer, notamment, la nécessité de chaque formalité exigée pour qu'un acte puisse être paré des

²⁷ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 18 novembre 1998 relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, COM (1998) 586 final, p. 26.

²⁸ Toutefois, les États ont l'obligation de soumettre tous les cinq ans un rapport à la Commission européenne en justifiant le maintien de ces exceptions (art. 9, § 3, de la directive sur le commerce électronique).

atouts de l'authenticité. On imagine aisément que, pour certains actes en tout cas, le notaire puisse s'acquitter à distance, par un biais électronique, des devoirs qui pèsent sur lui (conseil, vérification des signatures...). Il est clair qu'à terme, l'authentification notariale devra évoluer, sinon en sa substance, du moins en ses modalités, tout en maintenant – sous d'autres formes – ses garanties propres²⁹. Un nouveau formalisme devra sans doute voir le jour, qui tienne compte des particularités de l'environnement numérique. A cet égard, on songe, notamment, à l'adoption de procédures et de dispositifs de sécurité sans lesquels seraient mises à mal les spécificités de l'acte authentique, qui expliquent et justifient ses effets si appréciables.

Pour l'heure, le législateur doit d'ores et déjà s'acquitter – à brève échéance, au demeurant – d'une tâche dont l'ampleur laisse rêveur : on vise ici les multiples « formalités » égrenées, au fil des dernières décennies, dans nombre de législations, et auxquelles il s'agit aujourd'hui de trouver des équivalents électroniques. Aussi convient-il à présent de définir, à grands traits, une méthodologie qui soit à la fois efficace et réaliste.

SECTION 2. PRINCIPES DE POLITIQUE JURIDIQUE

28. On peut avoir quelque difficulté à concevoir comment les effets juridiques attachés à l'écrit papier et aux formalités qui lui sont associées – gages d'une expression correcte des volontés – pourraient être adéquatement restitués dans un univers dématérialisé, où l'information ne circule plus principalement sur un support matériel, mais sous la forme de signaux dépourvus de lien intrinsèque avec un support matériel stable³⁰.

Rien n'y fait, dès l'instant où l'on se range à la nécessité – en fait et en droit – de surmonter cette difficulté, il reste à explorer les voies et moyens d'y parvenir. Trois principes fondamentaux nous paraissent devoir guider une bonne politique juridique en la matière.

I. Le principe de l'équivalence fonctionnelle

29. Une première voie, radicale, consisterait à s'affranchir de toute référence à des concepts par trop chargés d'histoire et imprégnés de la culture du papier (les notions d'écrit, d'original ou de copie, de signature, de mention manuscrite, etc.) pour imaginer des règles juridiques pensées spécifiquement pour les besoins du commerce électronique. Deux arguments majeurs

²⁹ Cette réflexion a d'ores et déjà été entamée. Parmi les travaux en cours, voy. Union internationale du notariat latin (Commission des affaires de l'Union européenne), *Les nouvelles technologies informatiques et l'acte authentique*, Amsterdam, Édité par la Fondation pour la promotion de la science notariale, 2001 ; Association des notaires des métropoles européennes, *De l'authenticité et du notariat dans les pays membres*, mars 1997. En doctrine, entre autres publications, nous recommandons spécialement A. GOBIN, « Pour une problématique notariale des autoroutes de l'information. Le notariat et les contrats immatériels », *J.C.P.*, N, 1995, n° 3567, pp. 1749-1762 ; Fédération Royale du Notariat Belge (Koninklijke Federatie van het Belgisch Notariaat), *Authenticité et informatique. Authenticiteit en informatica*, Actes du Congrès annuel des notaires, Bruxelles, Kluwer, 2000, 494 pages (spécialement les contributions de J.-L. SNYERS, « De notariële certificatie en de elektronische authentieke akte », pp. 383-424 et de B. VUYLSTEKE, « Cybernotary », pp. 453-478) ; J.-L. SNYERS, « De elektronische, authentieke akte en de notariële, elektronische archivering », *Limb. Rechtsl.*, 2000, p. 288. Voir aussi le dernier rapport annuel de la Fédération Royale du Notariat Belge, *Le notariat et les nouvelles technologies*, 2000.

³⁰ Rappr. E. CAPRIOLI et R. SORIEUL, « Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales », *J.D.I.*, 2, 1997, pp. 380 et s.

peuvent être avancés à l'appui de cette démarche : d'une part, on évite ainsi de polluer le commerce électronique avec des concepts nés en dehors de lui, d'autre part, on prend acte, en toute lucidité, de l'insurmontable différence de nature entre un document matériel classique (papier), conçu pour être unique, et un flux d'informations dématérialisées³¹. L'on aurait ainsi un droit propre à ce commerce particulier, qui s'écarterait du droit commun forgé au cours des siècles. Cette approche, qui s'apparente à du « cousu-main », semble prônée par certains auteurs³².

Pareille orientation paraît néanmoins critiquable, sinon vouée à l'échec, pour trois raisons au moins.

30. D'abord, il n'est pas acquis que des concepts éprouvés deviennent caducs dans l'univers numérique. Pour peu que l'on s'attelle à les interroger à nouveaux frais, on est étonné, puis enchanté, de leur plasticité et, par là, de leur aptitude à résister au « tout numérique ». Ainsi en est-il, comme nous l'avons démontré³³, des notions d'original et de copie. Il suffisait de rappeler, contrairement à ce que d'aucuns avaient affirmé, que l'originalité ne se confond pas avec l'écriture sur le support *originel* (ou *originaire*), qu'elle n'est pas liée à la nature d'un support en particulier (papier en l'occurrence ou, en tout cas, matériel, tangible), qu'elle n'est pas tributaire d'une garantie relative à l'intégrité de l'écriture, ni liée à l'unicité de l'écrit. En réalité, avec la doctrine traditionnelle³⁴, il faut considérer que c'est la signature, et elle seule, qui élève un écrit au rang d'original, la copie s'en distinguant par la circonstance qu'elle en est une transcription non signée. Les critères proposés, à tort, pour tenter de distinguer l'original de la copie dans l'univers numérique s'expliquent par l'habitude d'envisager ces notions en référence au support papier. Mais on le voit, moyennant un affinement de l'analyse, on revient vite sur la terre ferme.

Semblable observation peut être faite à propos des notions d'écrit et de signature, pourvu que l'on saisisse leur essence, à laquelle n'appartient nullement un support particulier. La place nous manque pour stigmatiser la confusion entourant la notion d'écrit, assimilée à tort à celle d'acte sous seing privé ou au support papier³⁵. On lui cherche dès lors des qualités fonctionnelles (lisibilité, inaltérabilité, stabilité) qui le rendent apte à servir notamment au

³¹ *Ibidem*.

³² B. DE NAYER, « Information, interaction et commerce électronique », in *I nuovi diritti nell'integrazione europea : la tutela dell'ambiente e la protezione del consumatore*, Padova, CLEUP Editrice, 1999, p. 134 : « (...) la simple transposition des mécanismes appliqués aux contrats 'papier' au média numérique ne pourra pas donner satisfaction. Il faudra faire œuvre d'imagination pour développer de nouveaux dispositifs adaptés aux médias électroniques ».

³³ D. GOBERT et E. MONTERO, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », *J.T.*, 2001, pp. 127 à 128.

³⁴ H. DE PAGE, *Traité*, t. III, 3^e éd., n° 832 ; R. MOUGENOT, *La preuve*, tiré à part du *Répertoire notarial*, Bruxelles, Larcier, 2^e éd., 1997, p. 127, n° 79 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 201, n° 417.

³⁵ A ce sujet, D. GOBERT et E. MONTERO, « L'ouverture de la preuve littérale... », *op. cit.*, spéc. pp. 123 à 125 ; D. MOUGENOT, « Faut-il insérer une définition de l'écrit dans le Code civil ? », *Revue Ubiquité*, 2000/7, pp. 121-128 ; J. LARRIEU, « Les nouveaux moyens de preuve : pour ou contre l'identification des documents informatiques à des écrits sous seing privé », *Cahiers Lamy du droit de l'informatique*, 1988, H, pp. 8-19 et I, pp. 26-34 ; M. FONTAINE, « La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles », in *La preuve*, Actes du colloque organisé les 12 et 13 mars 1987 à Louvain-la-Neuve, 1987, pp. 5 et s.

plan probatoire. En vérité, certaines de ces qualités sont inhérentes, non à l'écrit, mais au papier, qui était le support traditionnel de l'écrit. Or, il en va différemment dans le contexte électronique. Il est parfaitement concevable de maintenir l'inaltérabilité du contenu d'un message, alors même que celui-ci change de support (ainsi un fichier signé numériquement, qui est transféré d'une disquette sur un disque dur, puis sur un réseau). Force est de constater que l'inaltérabilité du contenu n'est plus assurée par la circonstance qu'il est inscrit sur un support-papier, mais par un mécanisme technique – de signature numérique, en l'occurrence – qui fige logiquement, et non plus physiquement, le contenu de l'écrit numérique. On remarque donc un glissement des garanties, traditionnellement assurées par le papier, vers le mécanisme de signature électronique. Aussi convient-il d'être attentif à ne pas faire peser sur l'écrit des garanties qui, d'une part, ne relèvent pas de la notion, mais du support-papier, d'autre part, ne sont plus assurées par le support, dans l'environnement numérique, mais par le mécanisme de signature.

31. Ensuite, il n'est guère évident de forger des notions nouvelles qui donnent entière satisfaction. Ainsi, le législateur européen a-t-il créé de toutes pièces, pour les besoins du commerce électronique, le concept de « support durable »³⁶, destiné à se substituer, dans l'environnement numérique, au traditionnel support papier. Les premières difficultés surgirent ultérieurement, lorsqu'il fut question de définir ce concept, dont on ne soupçonnait pas, à l'époque, toute la complexité. Au stade actuel, les diverses propositions de définition semblent suggérer qu'un support durable est un instrument garantissant la stabilité, la lisibilité et l'inaltérabilité des informations qu'il contient³⁷. Prises au pied de la lettre, ces exigences conduisent tout bonnement à écarter la plupart des supports numériques classiques, alors même que la notion de support durable semblait avoir été conçue spécifiquement à leur intention !³⁸ A cet égard, nous avons défendu l'idée selon laquelle il eut été plus commode de recourir, sous certaines conditions, à la notion classique et immuable d'écrit³⁹, celle-ci n'étant

³⁶ Cette notion originale a fait sa première apparition dans la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, *J.O.C.E.*, n° L 144, du 4 juin 1997, p. 19. Depuis, le législateur n'a cessé d'y recourir dans diverses directives, déjà adoptées (la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, *J.O.C.E.*, n° L 171 du 7 juillet 1999, p. 12) ou en préparation (la Position commune (CE) n° 23/2001 du 5 juin 2001 arrêtée par le Conseil en vue de l'adoption d'une directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 85/611/CEE portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) en vue d'introduire une réglementation relative aux sociétés de gestion et aux prospectus simplifiés, *J.O.C.E.*, n° C 297 du 23 octobre 2001, p. 10 ; la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur l'intermédiation en assurance, *J.O.C.E.*, n° C 29 E du 30 janvier 2001, p. 245 ; la proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 97/7/CE et 98/27/CE, *J.O.C.E.*, n° C 177 E du 27 juin 2000, p. 21). La notion de support durable a été intégrée en droit belge, à l'article 79 de la LPC, par la loi du 25 mai 1999 (*M.B.*, 23 juin 1999).

³⁷ Cf. art. 2, 10, de la proposition de directive sur l'intermédiation en assurances (citée à la note précédente).

³⁸ Il semble en effet que les législateurs européen et belge aient entendu viser, à travers la notion de 'support durable', certains supports numériques, tels le CD-ROM, la disquette informatique ou encore le courrier électronique (cf. art. 2, point f, de la proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 97/7/CE et 98/27/CE, *J.O.C.E.*, n° C 177 E du 27 juin 2000, p. 21 ; ainsi que l'exposé des motifs du projet de loi modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 1998-1999, n° 2050/1, p. 28). Toutefois, notons que le courrier électronique ne constitue pas un 'support' en tant que tel, mais un moyen de communication.

³⁹ M. DEMOULIN, « La notion de 'support durable' dans les contrats à distance : une contrefaçon de l'écrit ? », *Rev. eur. dr. cons.*, 2000/4, pp. 361 et s., spéc. p. 375.

rattachée à aucun support en particulier, comme souligné plus haut. Cet exemple montre que point n'est besoin, face aux révolutions technologiques, d'inventer un droit sur mesure, alors que l'on dispose déjà de notions juridiques éprouvées et... durables.

32. Enfin, étant donné l'évolution rapide des techniques, tout porte à croire que les règles novatrices adoptées – conçues expressément pour serrer de près les nécessités du commerce électronique et conjurer ses risques spécifiques –, seraient vouées à une obsolescence tout aussi rapide (*infra*, n^{os} 33 et 34).

Bien plus prometteuse est la désormais célèbre approche fonctionnelle⁴⁰, qui entend privilégier les catégories juridiques éprouvées, façonnées certes sous l'empire du papier, mais qui ont déjà démontré leur aptitude à défier les évolutions de la société. La flexibilité des notions classiques permet de gager que demain, comme hier, elles seront susceptibles d'assurer la sécurité des rapports juridiques.

Pareille approche suggère de se départir d'une lecture formaliste des concepts pour s'attacher plutôt aux fonctions qui leur sont assignées. On sait l'usage qui en a été fait, avec bonheur, à propos des notions d'écrit et de signature.

La théorie des équivalents fonctionnels a surtout été mise à l'honneur dans les travaux de la C.N.U.D.C.I., notamment ceux qui ont conduit à l'adoption de la loi-type sur le commerce électronique. Cette dernière n'a cessé d'inspirer les législateurs du monde entier, de l'Europe à l'Amérique latine⁴¹, en passant par l'Afrique du Nord et le Proche Orient⁴²..., si bien que les lois adoptées, çà et là autour de la planète, en la matière (commerce et signature électroniques...), présentent un remarquable air de famille.

II. *Le principe de neutralité technologique*

33. Le législateur sera bien inspiré en évitant toute référence trop précise à des dispositifs ou à des techniques de communication, de sécurisation ou de conservation. On en veut pour « contre-exemple » une loi luxembourgeoise du 22 décembre 1986 modifiant le Code civil afin d'introduire, parmi les exceptions à l'article 1341, notamment la technique du

⁴⁰ Sur la notion d'équivalent fonctionnel, voy. E. CAPRIOLI et R. SORIEUL, *op. cit.*, spéc. p. 380-382 ; D. GOBERT et E. MONTERO, « La signature dans les contrats et les paiements électroniques : l'approche fonctionnelle », *D.A./O.R.*, n° 53, 2000, pp. 17-39.

⁴¹ Pour des références et des commentaires aux lois relatives au commerce et à la signature électroniques adoptées ou en préparation dans nombre de pays d'Amérique latine, voy. les actes du VIII^e Congrès ibéro-américain de « droit et informatique », qui s'est tenu à Mexico, du 21 au 25 novembre 2000, *Memorias*, México, 2000, 630 pages (sur internet : <http://comunidad.derecho.org/congreso>). Voir aussi les multiples articles publiés dans *REDI – Revista electrónica de derecho informático* (<http://derecho.org/redi>) et sur le site web de la Federación Iberoamericana de Asociaciones de Derechos e Informática (FIADI) : www.fiadi.org.

⁴² On songe à la Tunisie, à l'Égypte, au Liban, à l'Algérie, etc., ainsi qu'aux travaux du Congrès international sur le thème « L'internet et le droit », organisé par la Chambre de commerce franco-arabe et la Chambre de commerce Belgique-Luxembourg-Pays arabes, avec le soutien notamment de la C.N.U.D.C.I. et de l'O.M.P.I., à Tunis, du 4 au 6 mai 2000.

microfilm⁴³. A peine quatorze années plus tard, cette réforme était balayée par la loi du 14 août 2000 relative au commerce électronique⁴⁴.

Il y a donc lieu d'être inventif pour imaginer une terminologie appropriée, ni trop marquée, ni trop vague... Les premières législations en matière de signature électronique ont tôt fait de confirmer ce principe : à peine votées, elles révélaient déjà leur caractère trop ciblé et, partant, leur inaptitude à faire droit aux diverses sortes de signature électronique fiable⁴⁵.

34. Cela étant, la neutralité technologique a ses limites, comme l'a aussi démontré l'expérience législative, récente cette fois, concernant la signature électronique. Ainsi, la neutralité technologique affichée par la directive du 13 décembre 1999⁴⁶ est-elle tempérée par la définition donnée à la signature électronique dite « avancée » qui, en dépit d'un libellé apparemment ouvert, semble renvoyer à la seule technique de la signature numérique fondée sur la cryptographie asymétrique et certifiée par un « prestataire de service de certification »⁴⁷. Pareille entorse au principe de neutralité était inévitable à partir du moment où l'on prétendait assimiler purement et simplement certaines signatures électroniques à la signature manuscrite, de manière à éviter à celui qui s'en prévaut de devoir convaincre le juge de l'aptitude du procédé utilisé pour signer à remplir les fonctions traditionnellement dévolues à la signature⁴⁸.

Dans le traitement des formalités, en vue de leur substituer des équivalents électroniques, une voie moyenne doit donc être trouvée, située quelque part entre la neutralité et la trop grande précision du point de vue technologique.

III. *Le principe de mesure*

⁴³ Hypothèse où une partie a conservé les originaux seulement sur microfilm. Cf. art. 1^{er}, 6^o), de la loi du 22 décembre 1986 sur la preuve des actes juridiques, *Mémorial A* n° 108 du 30 décembre 1986, p. 2745, ainsi que les art. 1 et 2 du règlement grand-ducal du 22 décembre 1986 pris en exécution des articles 1348 du Code civil et 11 du Code de commerce, *Mémorial A* n° 108 du 30 décembre 1986, p. 2748.

⁴⁴ *Mémorial A* n° 96 du 8 septembre 2000, p. 2176. Par une loi du 12 juillet 1980, le législateur français a pareillement modifié l'article 1348 du Code civil de manière à faire droit aux preuves informatiques par le biais des exceptions au principe de la preuve littérale. Vingt ans plus tard, il revoyait sa copie en accueillant l'écrit sous forme électronique dans le Code civil, non plus par la petite porte des articles 1347 ou 1348 retouchés, mais par la grande porte de la preuve littérale (art. 1341 C. civ.). Voy. la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, *J.O.*, n° 62 du 14 mars 2000, p. 3968.

⁴⁵ On songe, en particulier, à la loi de l'Utah (*Utah Digital Signature Act*, publiée intégralement dans l'*EDI Law Review*, 1995, 2, pp. 157-196), mais aussi aux lois allemande et italienne. Pour une critique de ces textes, voy. D. GOBERT et E. MONTERO, « La signature dans les contrats et les paiements électroniques : l'approche fonctionnelle », *op. cit.*, spéc. pp. 31 et s., n°s 41 à 44.

⁴⁶ Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, *J.O.C.E.*, n° L 13, 19 janv. 2000, p. 12.

⁴⁷ A ce sujet, voy., notamment, M. ANTOINE et D. GOBERT, « La directive européenne sur la signature électronique. Vers la sécurisation des transactions sur l'Internet ? », *J.T.D.E.*, 2000, pp. 73-78, spéc. n° 4.

⁴⁸ Pour plus de précisions, voy. D. GOBERT et E. MONTERO, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », *op. cit.*, spéc. pp. 115-116.

35. Habitué à penser le formalisme en référence aux documents-papier, « certains sont naturellement (et légitimement) portés à se montrer méfiants lorsqu'il s'agit d'organiser (au moins en théorie) le remplacement des documents-papier par des ensembles d'impulsions électro-magnétiques, immatérielles, fuyantes, et caractérisées par leur aptitude à disparaître sans laisser de trace (pour être éventuellement remplacées par d'autres, toujours sans trace de la substitution), par l'opération de machines parfois lointaines et toujours mystérieuses »⁴⁹.

Au moment de déterminer les « équivalents électroniques » des exigences de forme traditionnelles, on évitera donc la tendance à oublier les limites et les imperfections liées au support papier. Sur le plan de la sécurité – technique et juridique –, le risque zéro est une illusion. En matière de signature électronique, par exemple, certains actes de piratage relayés par les médias ont fait impression. Mais il ne faudrait pas grossir leur impact. Il est clair que la sécurité absolue n'existe pas dans l'univers numérique. Pas plus que dans celui du papier où les fraudes ont toujours existé. On en veut pour preuve que, de longue date, le législateur a organisé des procédures de vérification d'écriture et d'inscription de faux. Il est donc évident que, dans son esprit, la signature manuscrite n'est jamais apparue comme infaillible.

Le support-papier, quant à lui, est durable, sans être éternel. Par ailleurs, des altérations du contenu sont malaisées certes – car, en principe, facilement décelables –, mais pas impossibles.

On aurait donc tort d'exagérer les contraintes de sécurité, en multipliant les législations alambiquées et tatillonnes, d'autant que l'ingéniosité humaine pourra toujours venir à bout d'une énigme créée par l'ingéniosité humaine⁵⁰... et qu'une machine plus puissante pourra toujours venir à bout d'une autre machine...

SECTION 3. – PISTES POUR UNE INTERVENTION LÉGISLATIVE

36. L'analyse des textes⁵¹ révèle que, parmi la grande variété des formalités susceptibles de faire obstacle à la conclusion de contrats par voie électronique, certaines reviennent régulièrement. Ainsi, dans les législations visitées, les notions d'écrit, de signature, de lettre recommandée à La Poste et l'exigence de mentions à des fins d'information – lesquelles doivent parfois être « manuscrites » ou revêtir une certaine mise en forme (figurer en caractère gras, dans un encadré, etc.) – constituent des constantes parmi les exigences de forme requises.

Sur la base de ce constat, le législateur a le choix entre plusieurs orientations, pas nécessairement exclusives l'une de l'autre, afin de lever les obstacles à l'utilisation des réseaux pour conclure des contrats. Deux pistes de solution viennent immédiatement à

⁴⁹ E. CAPRIOLI et R. SORIEUL, *op. cit.*, p. 383.

⁵⁰ Paraphrase de Edgar POE dans *Le Scarabée d'or*, cité par B. DE NAYER, « Evolution technique des systèmes probatoires et transformation de la relation de consommation », in B. DE NAYER et J. LAFFINEUR (éds), *Le consentement électronique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 331.

⁵¹ Pour un tel exercice en droit belge, voy. D. GOBERT et E. MONTERO, « Le traitement des obstacles formels aux contrats en ligne », in *Le commerce électronique européen sur les rails ? Analyse et propositions de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique*, Cahiers du C.R.I.D., n° 19, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 199 et s.

l'esprit : il s'agit, d'une part, de modifier, disposition par disposition, les multiples textes prescrivant des exigences de forme, d'autre part, d'adopter une ou plusieurs dispositions transversales qui chapeauteraient l'ensemble des textes législatifs et réglementaires.

I. – Une première approche... aléatoire

37. – L'approche qui consisterait à adapter les textes légaux, disposition par disposition, présente l'avantage de permettre l'introduction de modifications particulièrement appropriées en fonction des différentes formalités prescrites et des objectifs poursuivis par chacune d'entre elles.

Néanmoins, pareille entreprise présente au moins deux inconvénients majeurs. Tout d'abord, elle nécessite un inventaire complet de l'ensemble des dispositions éparpillées dans notre arsenal législatif et réglementaire, ce qui représente une tâche considérable et fastidieuse, voire impossible dans un délai raisonnable, sans compter le risque de manquer certaines d'entre elles. Ensuite, ce type d'approche est loin de garantir la cohérence d'ensemble des modifications. Dans la mesure où elle serait la seule adoptée, cette approche ne semble pas adéquate. Néanmoins, elle pourrait être d'un grand secours en vue de combler les éventuelles (inévitables ?) défaillances liées à l'adoption de dispositions transversales, qui ne pourront certainement pas couvrir la totalité des formalités légales exigées au cours du processus contractuel.

II. – Une seconde approche... plus réaliste

38. La seconde approche consisterait à prévoir une ou plusieurs dispositions transversales destinées à obliger les parties et le juge à adopter une conception des formalités qui soit plus ouverte et indépendante du support. Dans cette optique, le travail le plus délicat consiste à déterminer, d'une part, les formalités devant faire l'objet de cette (ces) disposition(s) transversale(s), d'autre part, les garanties qui doivent être remplies par les formalités devenues ainsi « immatérielles » (dans l'environnement électronique) afin de maintenir un niveau de sécurité juridique comparable.

A la réflexion, la solution la plus judicieuse serait de combiner les deux approches. En effet, vu l'ampleur et la difficulté de la tâche, le législateur serait bien inspiré d'opérer un savant mélange : en adoptant des dispositions transversales, tant générales que particulières, relatives aux formalités les plus classiques et, pour le reste, en prévoyant une délégation au pouvoir réglementaire (au Roi, en Belgique) pour opérer des modifications spécifiques à mesure que serait relevé un obstacle, non visé par les dispositions transversales, à la conclusion de contrats par voie électronique.

Pareille démarche devrait permettre de parvenir à une solution adéquate et équilibrée, qui tienne compte des impératifs de sécurité juridique et de faisabilité de la réforme.

III. – L'intérêt d'une disposition horizontale d'ordre général

39. Une première disposition transversale – à caractère général – pourrait saisir la notion de formalité au sens large, sans opérer, à ce stade, de distinction entre les multiples espèces de

formalités. Pareille disposition indiquerait, par exemple, que « lorsqu’il est exigé, au cours du processus contractuel, une formalité de nature à faire obstacle, directement ou indirectement, à la conclusion de contrats par voie électronique, celle-ci doit être interprétée indépendamment de sa forme et de son support, pourvu que les qualités fonctionnelles de la formalité considérée soient préservées ».

Il va de soi qu’il conviendra, idéalement dans l’exposé des motifs de la loi, d’explicitier clairement que la notion de “processus contractuel” – notion inconnue comme telle dans notre droit – ne se limite pas à l’étape de la conclusion du contrat, mais comprend toutes les étapes allant de la période précontractuelle (prospectus publicitaires, offre par écrit, etc.) jusqu’à l’archivage, en passant par les modalités relatives à l’exécution du contrat (facturation, paiement, livraison) ou à la fin de celui-ci (terme, résiliation, etc.), à sa modification, à l’enregistrement, etc. (*supra*, n° 25). Il conviendra également d’illustrer le concept de “formalité” à l’aide d’une liste exemplative des formalités relatives au support (papier, notification, document ou formulaire particulier, exemplaires multiples, mentions obligatoires, avenant, bon de commande, facture, prospectus, etc.).

IV. – *Des dispositions transversales particulières*

40. En sus de cette disposition transversale d’ordre général, des dispositions transversales particulières pourraient viser certaines formalités que nous qualifions de classiques. Nous visons dans cette catégorie les notions d’écrit, de lettre recommandée à La Poste, l’exigence de mentions à des fins d’information, qui parfois doivent être « manuscrites » ou revêtir une mise en forme déterminée.

A. – L’exigence d’un écrit

41. Ainsi, lorsqu’un *écrit* est exigé au cours du processus contractuel, cette exigence devrait être interprétée indépendamment du type de support (*supra*, n° 30). A cet égard, on pourrait imaginer la disposition transversale suivante : « Lorsqu’une disposition législative ou réglementaire exige un écrit au cours du processus contractuel, cette exigence est satisfaite par une suite de lettres, de chiffres ou de tous autres signes intelligibles, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission ».

Il convient aussi d’insister sur le fait que quand la loi utilise la notion d’écrit, elle fait en réalité référence à une notion à géométrie variable : elle utilise ce terme en visant parfois l’écrit entendu dans sa plus simple expression (ainsi, un commencement de preuve par écrit), parfois l’écrit sur support durable (ce qui implique des garanties supplémentaires), parfois l’écrit signé (en ce cas, les qualités fonctionnelles du support papier peuvent être assurées via le mécanisme de signature numérique). Il semble opportun de laisser au juge le soin d’apprécier souverainement, au cas par cas, les autres exigences qui pourraient être requises, sachant que ces exigences de forme supplémentaires doivent également être interprétées largement afin de pouvoir prendre la forme électronique.

B. – Les mentions à insérer sous une forme obligatoire

42. L'exigence de mentions obligatoires à des fins d'information est fréquente, en particulier dans les législations qui visent à protéger une partie faible. Il n'est pas rare que la loi fixe des exigences très détaillées quant à la forme de l'insertion dans le contrat des mentions obligatoires. Ainsi, il arrive, concrètement, que certaines informations, et parfois même certaines clauses-type (dont le libellé est figé de manière contraignante), doivent figurer *sous la forme d'alinéas séparés et en caractère gras d'un type différent*⁵² ou, doivent être rédigées *en caractères gras dans un cadre distinct du texte en première page*⁵³ ou encore, pour citer un dernier exemple, doivent être mentionnées *en caractères gras dans un cadre distinct du texte, au recto de la première page*⁵⁴.

Ces exigences s'adaptent assez aisément au domaine spécifique des réseaux numériques. On peut regretter toutefois certaines formulations par trop imprégnées de la culture du papier. Tel est le cas, en particulier, de la clause de renonciation à faire figurer « dans un cadre distinct du texte, en première page » : on sait qu'en informatique, la notion de mise en page est étroitement tributaire des formats utilisés. Cela étant, il nous apparaît que l'obstacle peut être surmonté à la faveur soit de la disposition générale suggérée précédemment (*supra*, n° 39), soit d'une disposition particulière qui prévoirait que ces mentions peuvent désormais être fournies par tout procédé adapté à la technique de communication utilisée, et pas uniquement sur support papier. Néanmoins, encore faudra-t-il que certaines garanties soient assurées et notamment que l'information soit fournie sans équivoque, de manière claire et compréhensible, et qu'elle soit accessible pour une consultation ultérieure. A cet égard, une disposition transversale pourrait être libellée comme suit : « Dans tous les cas où des mentions sont exigées, notamment à des fins d'information, cette exigence est satisfaite lorsque l'information, fournie par tout procédé adapté à la technique de communication utilisée, est claire, sans équivoque, compréhensible et accessible pour une consultation ultérieure ».

C. – L'exigence de mentions manuscrites

43. Parfois, la loi exige, en outre, que les mentions soient écrites de la main de celui qui s'oblige⁵⁵. Afin de consacrer un équivalent électronique à cette exigence, une disposition pourrait prévoir que celui qui s'oblige peut satisfaire à cette exigence sous forme électronique, pourvu qu'il utilise un procédé réalisant l'objectif visé (le plus souvent, attirer l'attention de la personne concernée sur l'existence et la portée de son engagement) et garantissant que la mention émane effectivement de lui-même. Une telle disposition pourrait être ainsi formulée : « Lorsqu'il est exigé une mention écrite de la main de celui qui s'oblige, ce dernier peut satisfaire à cette exigence sous forme électronique, dans les mêmes conditions, par tout procédé garantissant que la mention émane effectivement de lui-même ».

⁵² Voy., par exemple, l'article 14, § 4, de la loi belge du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, *M.B.*, 9 juillet 1991, modifiée par la loi du 6 juillet 1992, *M.B.*, 9 juillet 1992.

⁵³ Voy., par exemple, l'article 79, § 1^{er}, de la LPC.

⁵⁴ Voy. l'article 7, § 1^{er}, de la loi belge du 11 avril 1999 relative aux contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation d'immeubles à temps partagé, *M.B.*, 30 avril 1999.

⁵⁵ Pour ne citer qu'un seul exemple, voy. l'article 7, § 2, de la loi belge du 11 avril 1999 relative aux contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation d'immeubles à temps partagé, précitée, qui dispose que « l'acquéreur doit faire précéder sa signature de la *mention manuscrite* et en toutes lettres : 'lu et approuvé'. Il doit y apporter également la *mention manuscrite* de la date et du lieu précis de la signature du contrat ».

A cet égard, nous comprenons mal B. DE NAYER lorsqu'il écrit : « *Nous ne voyons pas, à l'heure actuelle, comment un tel résultat pourrait être atteint par la voie électronique : la frappe d'un texte au clavier d'un terminal informatique ne permet pas de rencontrer la finalité assignée à la mention manuscrite* »⁵⁶. Pareille opinion procède, nous semble-t-il, d'un certain fétichisme de la plume. Car, après tout, n'est-on pas en droit d'assimiler à une mention « manuscrite » le texte (« lu et approuvé pour... francs à crédit », par exemple⁵⁷) que l'internaute introduit (avant de signer), par clavier interposé, dans le champ *ad hoc* du formulaire électronique ? La seule différence nous paraît être que la main tiendrait désormais la souris, en lieu et place de la plume. Mais, en toute hypothèse, c'est par le truchement d'un objet manipulé à l'aide de la main, que l'intéressé est invité à apposer la mention dite manuscrite.

Nous concédons que, sur le plan psychologique, la contrainte de l'écrit papier et l'utilisation de sa meilleure plume pour tracer sur le papier sa signature précédée des mentions manuscrites requises contribuent indéniablement à solenniser l'acte et ainsi à attirer l'attention de la personne qui s'oblige sur la portée juridique de son geste. Néanmoins cette magie, bénéfique certes, est liée, répétons-le, à une culture du papier. On ne doute pas que, le temps passant et le commerce électronique entrant dans les mœurs, le mouvement de la souris puisse remplacer, avec un effet analogue, le mouvement de la plume⁵⁸.

De toute façon, rien n'empêche de prévoir l'obligation de faire précéder l'invitation à signer (et le cas échéant, à indiquer l'une ou l'autre mention) par un message d'avertissement (affiché à l'écran ou figurant dans l'e-mail) du genre : « Attention, vous êtes sur le point de signer un document qui vous engage juridiquement ». Mais ici encore, la solution n'est point originale dès lors que des mesures comparables sont déjà préconisées par le législateur dans certains textes légaux⁵⁹.

D. – L'exigence d'envois par lettre recommandée

44. Il est très fréquent, par ailleurs, que des textes législatifs ou réglementaires exigent l'envoi de documents ou l'accomplissement de certains actes juridiques unilatéraux (la résiliation d'un contrat...) « par lettre recommandée » ou « par lettre recommandée à La Poste ».

⁵⁶ B. DE NAYER, « Information, interaction et commerce électronique », *op. cit.*, p. 134.

⁵⁷ Cf. l'article 17, alinéa 2, de la loi belge du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation (*M.B.*, 9 juillet), qui dispose : « Le consommateur doit faire précéder sa signature de la mention manuscrite et en toutes lettres : 'lu et approuvé pour... francs à crédit'. Il doit y apporter également la mention manuscrite de la date et de l'adresse précise de la signature du contrat ».

⁵⁸ En outre, pour signer, l'intéressé doit introduire son mot de passe (secret), ce qui devrait aussi l'aider à prendre conscience de la portée de son geste. On verra, du reste, que le multimédia permet, de multiples manières, d'attirer l'attention du client sur certaines clauses du contrat, alors qu'à l'inverse, dans le domaine des rapports contractuels traditionnels, on peut s'interroger sur la plénitude du consentement donné à un contrat d'adhésion (sur support papier) comprenant quantité de dispositions à peine lues et dont la portée échappe souvent au non-averti (*infra*, spéc. n° 60).

⁵⁹ Voy., par exemple, la loi belge du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, déjà citée, qui prévoit, notamment, que l'offre de crédit doit comprendre « à la hauteur de l'endroit où le consommateur appose sa signature, la mention : 'Ne signez jamais un contrat non rempli' » (art. 14, § 4, 2°).

Dans le premier cas, il suffit de prévoir que le recommandé est désormais possible *sur tout support*, que ce service continue à faire partie des services réservés à La Poste ou non. Le législateur belge s'est d'ores et déjà engagé dans cette voie⁶⁰. Plus délicat est le traitement des dispositions légales exigeant l'envoi d'une lettre recommandée à La Poste. Pour obvier à la difficulté, une disposition devrait être adoptée, prévoyant que lorsqu'une lettre recommandée à La Poste est requise, cette exigence est satisfaite par le recours à un service de recommandé électronique offert soit par La Poste, soit par une société privée autorisée à offrir pareil service⁶¹.

Il est probable que certaines formalités ne soient pas visées par les dispositions transversales suggérées ci-dessus. Aussi le législateur pourra-t-il difficilement faire l'économie d'interventions ultérieures, plus ponctuelles, afin d'adapter les dispositions législatives ou réglementaires particulières qui, nonobstant les dispositions horizontales adoptées, constitueraient un obstacle persistant à la conclusion de contrats par voie électronique. Sans doute cette tâche pourrait-elle être confiée par le législateur au pouvoir réglementaire (au Roi en Belgique, au pouvoir décretaal dans d'autres États).

E. – Le formalisme relatif à la présence humaine ou à la localisation

45. Les exigences de forme relatives à la présence humaine ou à la localisation apparaissent à première vue, non comme des obstacles résultant d'exigences juridiques, mais plutôt comme des obstacles d'ordre pratique, au sens de la directive sur le commerce électronique (considérant n° 37). Ainsi, selon l'article 600 du Code civil, l'usufruitier ne peut entrer en jouissance qu'après avoir fait dresser, en présence du propriétaire, ou lui dûment appelé, un inventaire des meubles et un état des immeubles sujets à usufruit. En pratique, on voit mal comment dresser cet inventaire par voie électronique, sans présence physique des parties sur les lieux afin de constater visuellement l'état des biens.

Cela étant, la frontière n'est pas nette entre les obstacles résultant d'exigences juridiques, qu'il y a lieu de lever, et ceux d'ordre pratique, auxquels il n'est pas demandé de mettre fin. Nous pensons que le formalisme relatif à la présence humaine ou à la localisation s'apparente généralement à l'obstacle d'ordre pratique, notion à propos de laquelle la directive sur le commerce électronique est très laconique. Au cas où une interprétation contraire devait prévaloir, rappelons que la directive n'oblige pas à *supprimer* les exigences de forme, mais exige de faire en sorte qu'elles puissent être également satisfaites dans un contexte électronique. Le cas échéant, la disposition transversale à portée générale devrait être d'un grand secours (*supra*, n° 39).

⁶⁰ Arrêté royal du 9 juin 1999 transposant les obligations découlant de la directive 97/67/CE du Parlement et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service, *M.B.*, 18 août 1999.

⁶¹ A cet égard, il convient de noter qu'en Belgique, l'arrêté royal du 9 juin 1999 réserve à La Poste le service des envois recommandés utilisés dans le cadre des procédures judiciaires ou administratives. Il en résulte que, dans tous les autres cas, il n'y a aucune obligation de passer par le service de recommandé offert par La Poste, et cela, même si la loi parle de « lettre recommandée à La Poste ». Adopter une autre interprétation reviendrait à réattribuer à La Poste, en violation des règles de concurrence, un monopole que l'arrêté royal cité lui a retiré. Afin de dissiper tout doute, une disposition pourrait prévoir que « lorsqu'une 'lettre recommandée à La Poste' est exigée, l'obligation de passer par La Poste n'existe que pour autant que l'on se situe dans le cadre d'une procédure judiciaire ou administrative ».

F. – Le formalisme des contrats réels

46. Reste à s'interroger sur le sort des contrats réels au regard du prescrit de l'article 9, § 1^{er}, de la directive sur le commerce électronique. Il est à remarquer que la doctrine dominante tend actuellement à rejeter cette catégorie de contrats, en arguant qu'elle n'aurait plus sa place dans un système dominé par le principe du consensualisme⁶².

Il n'est pas rare, en effet, que la volonté des parties joue un rôle important dans les contrats réels : elle *détermine la qualification* du contrat (prêt, dépôt...) et *fixe les modalités* de celui-ci, telles que la rémunération du dépositaire, ou, dans le prêt d'argent, le taux d'intérêt et la date de restitution. Ces modalités peuvent prendre une telle importance qu'elles doivent pratiquement être fixées dans un avant-contrat, préalablement à la remise de la chose, ou dans un contrat-cadre (dépôts bancaires). Traditionnellement, on fait alors état d'une promesse de contrat, distincte du contrat définitif⁶³, dont l'inexécution est sanctionnée d'ordinaire par des dommages et intérêts (même si la condamnation du promettant à s'exécuter en nature est possible).

Aussi fait-on valoir que, *dans la réalité des choses*, le contrat s'est formé par l'accord des parties, la remise de la chose n'en marquant pas la naissance, mais le premier acte d'exécution⁶⁴. En effet, l'avant-contrat, dont il a été question plus haut, peut venir masquer complètement les éléments essentiels du contrat réel subséquent, au point que la remise de la chose n'apparaît plus que comme l'exécution de l'une des prestations convenues. L'argument selon lequel le contrat se forme nécessairement par la remise de la chose – dès l'instant où la restitution de celle-ci ne peut devenir obligatoire avant l'entrée en possession –, n'apparaît pas décisif. Divers auteurs soulignent, en effet, qu'en cas de contrat réel et synallagmatique⁶⁵, l'interdépendance des obligations réciproques suffit à justifier (notamment, sur le fondement de l'absence de cause) que l'emprunteur, par exemple, ne puisse être tenu de restituer ce qu'il n'a pas reçu. En toute hypothèse, on peut s'engager à restituer une chose sous condition suspensive de la remise⁶⁶. Ainsi éviterait-on l'artifice qui consiste à scinder l'opération en un contrat réel précédé d'un avant-contrat consensuel. Enfin, il est permis d'évoquer l'existence

⁶² H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, premier volume : Obligations. Théorie générale, 9^e éd. par F. CHABAS, Paris, Montchrestien, 1998, p. 70, n° 80 ; J. GHESTIN, *Le contrat : formation*, Traité de droit civil sous la direction de J. GHESTIN, t. II, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1988, p. 365, n° 340 ; H. DE PAGE, *Traité*, t. II, 3^e éd., 1964, p. 424, n° 455

⁶³ L'efficacité d'une telle promesse marque une nette différence entre les contrats réels et les contrats solennels. Pour ces derniers, en effet, la promesse doit revêtir, en principe, la même forme que le contrat lui-même. A ce sujet, J. GHESTIN, *Le contrat : formation, op.cit.*, p. 365, n° 340.

⁶⁴ Par exemple, H. DE PAGE, *Traité*, t. II, p. 424, n° 455. En définitive, le caractère réel du contrat a pour effet principal de fixer le *moment* de la formation du contrat, son effet accessoire étant de supprimer l'obligation de délivrance.

⁶⁵ Avec H. DE PAGE, on peut observer qu'un contrat réel n'est pas nécessairement unilatéral. En effet, certaines obligations peuvent être mises à charge du créancier de l'obligation de restitution : dans le dépôt salarié, un salaire est stipulé à charge du déposant ; dans le prêt à intérêt, le prêteur est tenu à l'obligation de garantie inhérente à tout contrat à titre onéreux. Dans ces hypothèses, le contrat réel est incontestablement synallagmatique (*Traité*, t. II, 3^e éd., 1964, p. 428, n° 455).

⁶⁶ Parmi d'autres, H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, op.cit.*, p. 71, n° 82.

d'autres contrats, incontestablement consensuels, dans lesquels l'obligation de restitution n'est pas due avant que la chose ait été remise. Tel est le cas du louage de chose : le preneur n'est bien entendu tenu de restituer la chose louée que s'il a été préalablement mis en possession. Toujours est-il que notre droit positif a entendu maintenir la catégorie des contrats réels.

47. Ces considérations nous inclinent à penser que l'article 9, § 1^{er}, de la directive n'oblige pas le législateur à abolir cette catégorie de contrats, qui présentent l'intérêt d'attirer l'attention sur l'importance d'un élément matériel irréductible. En effet, rien n'empêche, par ailleurs, de conclure par voie électronique des conventions consensuelles ayant pour objet le prêt d'une chose, une mise en gage ou un dépôt.

Par contre, le caractère réel du don manuel ne fait aucun doute, cette sorte de donation ne pouvant évidemment se former que par la remise de la chose (puisque la donation est, en principe, un contrat solennel, dont la validité est subordonnée au respect des formes prescrites à peine de nullité)⁶⁷. On ne voit donc pas comment un don manuel pourrait être réalisé par voie électronique en l'état actuel de notre droit. Mais, cette impossibilité relève des exceptions de l'article 9, § 2, de la directive sur le commerce électronique.

⁶⁷ H. DE PAGE, *Traité*, t. II, 3^e éd., 1964, p. 428, n° 455.

CHAPITRE II

INFORMATION, TRANSPARENCE ET LOYAUTÉ SUR LES RÉSEAUX

48. Le contrat conclu par voie électronique ne saurait être le fruit d'un caprice, d'une méprise, voire d'une illusion. La formation du contrat étant, d'un point de vue statique, le résultat d'une rencontre des consentements, il est crucial que ceux-ci soient exprimés, sur les réseaux comme ailleurs, de manière *libre et éclairée*.

Il convient, dès lors, de responsabiliser les parties qui entendent contracter par la voie électronique, tout en favorisant la réflexion et la transparence, par l'instauration d'une série de mesures prophylactiques vouées à protéger le consentement (section 1). Toutefois, dans le monde virtuel, à la fois fascinant et complexe, ces précautions pourraient encore s'avérer insuffisantes. Aussi, dans le même souci de protection, il est nécessaire de prévoir l'application, *a posteriori*, de certains remèdes en cas de consentement donné hâtivement ou entaché d'un vice (section 2).

SECTION 1^{re}. – LA PROTECTION DU CONSENTEMENT : MESURES PRÉVENTIVES

49. La garantie d'un consentement libre et éclairé sur les réseaux exige l'établissement de certains garde-fous tout au long du processus contractuel. En prélude à la conclusion du contrat par voie électronique, la traditionnelle obligation de renseignement s'impose, sans l'ombre d'un doute, au prestataire en ligne (I). En outre, afin de garantir la transparence de la relation contractuelle sur les réseaux, l'on impose la fourniture d'une série d'informations spécifiques, mêlées de procédés techniques rassurants, concourant à parfaire la volonté (II).

I. – *L'obligation précontractuelle de renseignement sur les réseaux*

50. Consacrée en jurisprudence⁶⁸ et en doctrine⁶⁹, l'obligation précontractuelle de renseignement impose à la partie la mieux informée de fournir toutes les informations susceptibles d'exercer une influence sur le consentement de son cocontractant. Ce devoir d'information est appelé à jouer un rôle primordial dans les contrats qui se nouent sur les réseaux. La distance séparant les parties, le contexte virtuel enveloppant leurs relations et le procédé technologique utilisé pour contracter appellent la fourniture d'informations de diverses natures. Précisément, avant d'être un outil commercial de portée internationale, les réseaux numériques ont pour vocation de véhiculer rapidement et efficacement une masse

⁶⁸ Voy. R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY, B. DE TEMMERMAN, « Overzicht van rechtspraak : 1981-1992 – Verbintenissenrecht », *T.P.R.*, 1994, p. 278, n° 75. Pour un examen de la jurisprudence française en la matière, voy. J. GHESTIN, *Le contrat : formation*, Traité de droit civil sous la direction de J. GHESTIN, t. II, 2^e éd., L.G.D.J., 1980, n°s 475 à 477-1.

⁶⁹ Sur l'obligation de renseignement en général, voyez, entre autres, M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Coll. À la recherche du droit, Bruxelles, Éd. Story-Scientia, 1999, pp. 32 et s., n°s 45 et s. ; J.-L. FAGNART, « L'obligation de renseignement du vendeur-fabricant », note sous Cass. (1^{re} ch.), 28 fév. 1980, *R.C.J.B.*, 1983, p. 223 ; J. GHESTIN, *Le contrat : formation*, *op. cit.*, n°s 455 à 508 ; W. WILMS, « Het recht op informatie in het verbintenissenrecht. Een grondslagenonderzoek », *R.W.*, 1980-1981, 489 et s.

impressionnante d'informations⁷⁰. Ainsi, l'environnement numérique pourrait, à certains égards, se révéler un terrain de choix pour l'accomplissement du devoir de renseignement.

A notre sens, la diffusion de l'information par le biais des réseaux présente trois atouts majeurs : les données peuvent être instantanément transmises, aisément accessibles et clairement présentées.

En effet, le recours à des lignes à haut débit améliore la qualité de la connexion et la vitesse de transmission des informations ; le courrier électronique et le *chat* ouvrent la porte aux communications individuelles rapides et peu coûteuses à travers le monde ; le *world wide web* et la technique des hyperliens permettent de passer rapidement d'une information à une autre ; le multimédia, enfin, offre les agréments d'une présentation claire et attrayante par le jeu de sons, d'images, d'animations et de textes, dans une gamme infinie de caractères et de couleurs⁷¹.

Dans semblable environnement, l'exécution de l'obligation d'information 'classique' ne semble soulever aucune difficulté, hormis dans quelques hypothèses que nous tenterons de discerner. A certains égards, nous verrons qu'une combinaison astucieuse de ces techniques assure même une information plus complète et plus efficace que dans le cadre des contrats conclus par la voie 'traditionnelle'⁷².

51. Généralement, les informations fournies portent sur les qualités du produit ou du service offert (A), sur le prix (B), et sur les conditions générales (C), bref, sur tous les éléments essentiels et substantiels du contrat⁷³. Enfin, s'ajoute à l'obligation générale de renseignement un devoir de conseil et de mise en garde, dont l'accomplissement sur les réseaux peut se révéler plus délicat (D).

Notons encore qu'en certaines hypothèses, touchant le plus souvent au droit de la consommation, le législateur a fait sienne cette obligation d'information, en vue de corriger le déséquilibre existant entre les cocontractants, allant jusqu'à préciser lui-même les informations à fournir impérativement⁷⁴. Dans le présent exposé, nous ne ferons allusion à ces exigences que dans la mesure où elles intéressent le commerce électronique.

⁷⁰ A cet égard, les expressions « autoroutes de l'information », « société de l'information » ou encore « nouvelles technologies de l'information et de la communication », sont des plus éloquentes.

⁷¹ E. MONTERO, « Internet et le droit des obligations conventionnelles », in *Internet sous le regard du droit*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau, 1997, p. 35.

⁷² Précisons d'emblée que nous examinons ici les perspectives que les nouvelles technologies ouvrent aux cocontractants responsables, désireux de fournir une information de qualité, afin de conclure un contrat par voie électronique dans les meilleures conditions. L'objection selon laquelle, en pratique, certains sites de commerce électronique boudent ces techniques et fournissent une information parfois médiocre, voire inexistante, ne diminue en rien le prodigieux potentiel des réseaux en la matière.

⁷³ Sur cette distinction, voyez W. WILMS, « Het recht op informatie in het verbintenissenrecht. Een grondslagenonderzoek », *op. cit.*, 495 ; P. VAN OMMESELAGHE, « Examen de jurisprudence (1974 à 1982). Les obligations », *R.C.J.B.*, 1986, p. 139, n° 56.

⁷⁴ Voy., en droit européen, la proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 97/7/CE et 98/27/CE, *J.O.C.E.*, n° C 177 E du 27 juin 2000, p. 21 ; directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (ci-après « directive sur le commerce

A. – La description des biens et services offerts

52. La voie électronique, à l'instar des autres moyens de communication à distance, ne permet pas un contact direct et concret avec le bien qui fait l'objet du contrat. Il est impossible, en l'état actuel de développement des technologies, de toucher, de goûter, de sentir, de revêtir, de soupeser, de manipuler le bien qui apparaît à l'écran. Aussi, la déception peut être de taille, à l'exécution du contrat, lorsqu'on découvre avec stupeur que les chaussures sont trop étroites, le vin millésimé imbuvable, le parfum irrespirable, la voiture peu puissante...

Hélas ! tel est le lot de tous les contrats conclus à distance. C'est d'ailleurs en raison de cet inconvénient majeur que le législateur accorde au consommateur un droit de renonciation postérieurement à la conclusion de tels contrats (*infra*, n^{os} 80 et 81). Pour ce motif aussi, il impose une description des caractéristiques essentielles du bien ou du service fourni à distance⁷⁵. Toutefois, dans l'environnement numérique, cette exigence prend une ampleur nouvelle, tant sont nombreux et originaux les moyens dont disposent les prestataires pour décrire leur offre avec minutie.

53. Au commencement, l'internaute en quête d'un produit ou d'un service déterminé dispose d'une foule d'outils de recherche pour trouver rapidement et aisément l'objet de son désir. En outre, l'existence de galeries marchandes, de vitrines ou de catalogues virtuels permet au visiteur, par le jeu d'hyperliens, de passer à son gré d'un article ou d'un service à l'autre, parfois même plus facilement que dans certains magasins bien réels, aux rayons s'étalant à l'infini selon un agencement peu rationnel ... Ce « lèche-vitrines » virtuel constitue la base de tout commerce électronique.

électronique »), *J.O.C.E.*, n° L 178 du 17 juillet 2000 p. 1 ; directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, *J.O.C.E.*, n° L 171 du 7 juillet 1999, p. 12 ; directive 98/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 relative à la protection des consommateurs en matière d'indication des prix des produits offerts aux consommateurs, *J.O.C.E.*, n° L 80 du 18 mars 1998, p. 27 ; directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance (ci-après « directive sur les contrats à distance »), *J.O.C.E.*, n° L 144 du 4 juin 1997, p. 19 ; directive 94/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 1994 concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers, *J.O.C.E.*, n° L 280 du 29 octobre 1994, p. 83 ; directive 90/314/CEE du Conseil du 13 juin 1990 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait, *J.O.C.E.*, n° L 158 du 23 juin 1990 p. 59 ; directive 87/102/CEE du Conseil du 22 décembre 1986 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation, *J.O.C.E.*, n° L 42 du 12 février 1987, p. 48, modifiée en dernier lieu par la directive 98/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998, *J.O.C.E.*, n° L 101 du 1^{er} avril 1998 p. 17 ; directive 85/577/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, *J.O.C.E.*, n° L 372 du 31 décembre 1985 p. 31.

Pour un examen des dispositions légales concernant la protection et l'information du consommateur en droit belge, voy. A. DE BOECK, « De informatieverplichting van de professioneel t.a.v. de consument », in *Consumentenrecht*, Brugge, Die Keure, 1998, pp. 2 à 47 ; B. DE CONINCK, « L'obligation d'information du consommateur dans la formation du contrat », *Ann. Dr.*, 1997, pp. 239-295 ; G. ROMMEL, « De informatieplicht in het consumentenrecht », *R.W.*, 1983-1984, 2273.

⁷⁵ Voy. l'art. 4, § 1^{er}, point b, de la directive sur les contrats à distance. En droit belge, voy. l'art. 78, 2°, de la LPC.

Lorsqu'il s'agit de décrire les produits et services offerts en ligne, le recours à l'hyperlien s'avère, là encore, salutaire. Combiné aux inépuisables ressources du multimédia, il permet une présentation interactive, précise et agréable. D'un simple clic, il est possible d'obtenir des informations supplémentaires, d'agrandir l'image, d'examiner le produit sous des angles différents, de visionner une vidéo explicative, de procéder à une visite virtuelle, de prendre connaissance des appréciations faites par les autres clients ou les professionnels sur le même produit ou service, etc. De surcroît, le choix offert entre plusieurs langues pour consulter le site peut améliorer la bonne compréhension de l'information⁷⁶. Notons que si un tel choix existe, le visiteur du site doit en être informé préalablement à la passation de la commande⁷⁷.

54. Ajoutons que certains produits conviennent bien pour une démonstration ou un essai en ligne. Ainsi, un logiciel peut être téléchargé gratuitement pour une période d'essai, afin que l'internaute s'assure, avant de l'acheter, qu'il correspond bien à ses attentes et qu'il est compatible avec son système informatique⁷⁸. De même, lors de l'achat d'un livre ou d'un CD ou de la location d'une vidéo en ligne, la lecture, l'écoute ou la vision d'extraits peuvent aider le client à faire son choix. Le développement des technologies allant croissant, certaines sociétés de cosmétiques permettent même à leurs clientes de procéder, sur leur site, à des tests de maquillage, sur une image numérisée de leur visage.

Néanmoins, malgré tous les progrès de la technique, certains produits et services se prêtent encore mal à l'expérience. Certes, ils peuvent toujours être minutieusement décrits sur le site, par l'indication de la taille, du poids, de la puissance, bref, de tous les détails permettant d'en avoir une idée aussi concrète que possible. Mais il est des sensations, des effluves, des saveurs, des émotions que les mots ou les images ne pourront jamais exprimer...

B. – L'indication du prix des biens et services

55. En ce qui concerne la mention du prix, toutes taxes comprises, rappelons qu'elle est obligatoire dans les contrats conclus avec un consommateur⁷⁹. Quant aux professionnels, ils demeurent libres de négocier, entre eux, leurs prix et tarifs, à l'instar des autres éléments du contrat. A notre avis, cette liberté n'est pas remise en cause par l'article 5, § 2, de la directive sur le commerce électronique⁸⁰, qui vise tant les relations avec un consommateur que celles entre professionnels⁸¹. Eu égard à ce champ d'application *ratione personae* particulièrement vaste, l'article 5, § 2, ne dispose nullement que les prix *doivent* être indiqués, mais se borne à exiger que « *lorsque* les services de la société de l'information mentionnent les prix, ces

⁷⁶ Nous reviendrons sur ce point à propos de la présentation des conditions générales sur le site (*infra*, n° 58).

⁷⁷ Cf. art. 10, § 1^{er}, point d, de la directive sur le commerce électronique.

⁷⁸ A ce propos, voy. P. LECLERCQ, « Le commerce électronique des produits immatériels », *Communication - Commerce électronique*, fév. 2000, p. 10.

⁷⁹ Voy. l'art. 4, § 1^{er}, point c, de la directive sur les contrats à distance (en droit belge, art. 78, 3°, de la LPC). Comp. art. 5, § 2, de la directive sur le commerce électronique.

⁸⁰ *Contra*, mais à tort, T. VERBIEST et E. WERY, *Le droit de l'internet et de la société de l'information*, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 288, n° 539.

⁸¹ Signalons que les relations entre particuliers sont expressément exclues du champ d'application de la directive par le considérant n° 18.

derniers soient indiqués de manière claire et non ambiguë, et précisent notamment si les taxes et frais de livraison sont inclus ». Ce libellé, tout en nuances, permet de préserver, d'une part, l'obligation de mentionner les prix dans les relations *Business to Consumer*⁸², d'autre part, la liberté qui prévaut dans les relations *Business to Business*.

Qu'elle résulte d'une obligation ou d'un choix, la mention des prix doit apparaître de manière claire et non ambiguë. En pratique, il va de soi que la monnaie de référence devrait être clairement indiquée⁸³, étant donné qu'il est parfois difficile, au regard du site, de deviner dans quel pays le prestataire développe ses activités. Bien entendu, pour les prestataires établis sur le territoire de certains pays de l'Union européenne, l'indication du prix en Euros est de rigueur⁸⁴.

Il n'est pas rare de voir certains sites proposer un éventail de devises pour la mention du prix. Ce dernier peut également être converti de manière automatique dans la monnaie du cocontractant, en fonction, par exemple, de l'adresse de livraison indiquée dans le formulaire de commande, ou encore par le biais de *cookies*⁸⁵. Afin d'éviter tout malentendu, le prestataire devrait préciser, le cas échéant, si l'indication du prix dans une autre devise est faite à titre purement indicatif, ou s'il est possible d'effectuer le paiement dans cette monnaie.

Enfin, la mention du prix doit être accompagnée des éventuels frais de livraison et taxes⁸⁶. Concrètement, un simple hyperlien placé à côté du prix devrait permettre d'accéder à ces informations. En outre, au cours du processus de commande, il est parfois permis au client de choisir entre différents tarifs et formules de livraison.

C. – La présentation des conditions générales par voie électronique

⁸² Notons que la directive sur le commerce électronique précise à de nombreuses reprises qu'elle n'entend pas remettre en cause l'acquis communautaire en matière de protection et d'information du consommateur. Voy. l'art. 5, § 2, *initio*, l'art. 1^{er}, § 3, ainsi que le très détaillé considérant n° 11.

⁸³ A cet égard, la simple mention « francs » ou « dollars » sans davantage de précisions s'avère pour le moins ambiguë et insuffisante.

⁸⁴ Voy. le commentaire de l'article 5, § 2, de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, du 18 nov. 1998, COM (1998) 586 final, p. 24.

⁸⁵ Les *cookies* sont de petits fichiers d'identification envoyés par le site et stockés sur le disque dur de l'ordinateur de l'internaute. Les données qu'ils contiennent permettent au prestataire de profiler le client, et de l'identifier lors de son prochain passage sur le site. Une telle identification peut s'avérer bien commode pour le visiteur, qui voit, par exemple, le site automatiquement présenté dans sa langue, et les prix indiqués dans sa monnaie. Cette technique de pistage et d'identification de l'internaute sera examinée plus loin, notamment sous l'angle du respect de la vie privée (*infra*, n°s 67 et 70). Pour un aperçu du fonctionnement des *cookies*, de leur menace pour la vie privée et des moyens de s'en garder, voy. J.-M. DINANT, « Les traitements invisibles sur internet », in E. MONTERO (sous la direction de), *Droit des technologies de l'information. Regards prospectifs*, Cahiers du CRID, n° 16, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 278 à 282.

⁸⁶ Voy. l'art. 4, § 1^{er}, points c et d, de la directive sur les contrats à distance (en droit belge, art. 78, 4°, de la LPC) ainsi que l'art. 5, § 2, *in fine*, de la directive sur le commerce électronique.

56. Comme on sait, la force obligatoire des conditions générales est subordonnée à leur connaissance et à leur acceptation par l'autre partie⁸⁷. Plus précisément, comme le souligne M. COIPEL⁸⁸, deux grands principes se détachent en la matière : l'autre partie doit avoir eu la *possibilité* de connaître les conditions générales avant la conclusion du contrat, et leur acceptation doit être *certaine*. A cet égard, rappelons qu'est considérée comme abusive la clause qui constate de manière irréfutable l'adhésion du consommateur à des clauses dont il n'a pas eu, effectivement, l'occasion de prendre connaissance préalablement à la conclusion du contrat⁸⁹.

Pour conclure à l'opposabilité des conditions générales, le juge examine notamment leur présentation et les circonstances qui ont entouré la conclusion du contrat. Au fil des décisions, on a vu se développer une série d'exigences touchant à l'emplacement des clauses, à leur lisibilité au regard de la taille et de la couleur des caractères employés, au fait qu'il y soit fait explicitement référence, avec invitation à les consulter, etc. Au regard de ces critères, il nous semble que l'environnement numérique pourrait, à bien des égards, améliorer la connaissance des conditions générales par les parties⁹⁰. En effet, nombreux sont les moyens qui peuvent être mis en œuvre pour s'assurer que le cocontractant a effectivement eu la possibilité de les consulter.

L'on peut d'abord songer à insérer dans toutes les pages du site de commerce électronique un hyperlien visible, renvoyant à une page contenant les conditions générales. Précisons d'emblée l'importance de faire figurer ce lien sur chacune des pages du site, et non sur la seule page d'accueil. En effet, il est envisageable qu'un internaute accède à un site sans passer par la page d'accueil. Il suffit pour cela qu'il clique, à partir d'un moteur de recherche ou de tout autre site, sur un lien hypertexte 'profond' qui le mènerait directement au sein du site de commerce électronique⁹¹. Dans cette hypothèse, si les conditions générales n'étaient accessibles que depuis la page d'accueil du site, il ne pourrait en prendre connaissance⁹². Il

⁸⁷ Voy. L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, n^{os} 24 à 27 ; I. MOREAU-MARGREVE, « La force obligatoire des conditions générales de vente et d'achat », *Entr. Dr.*, 1971, pp. 114 et s. Pour un examen de jurisprudence, voy. M. BOSMANS, « Les conditions générales en matière contractuelle, Chronique de jurisprudence (1975 à 1979) », *J.T.*, 1981, pp. 17-24, 33-43, 53-58 ; R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY, B. DE TEMMERMAN, « Overzicht van rechtspraak... », *op. cit.*, pp. 268 et s., n^{os} 66 et s. ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN, P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995), *J.T.*, 1996, p. 715, n^o 77 à 79 ; P. VAN OMMEFLAGHE, « Examen de jurisprudence ... », *op. cit.*, pp. 140-146, n^o 57-58.

⁸⁸ M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, *op. cit.*, n^{os} 59-60.

⁸⁹ En droit européen, voy. le point i de l'annexe de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *J.O.C.E.*, n^o L 95 du 21 avril 1993, p. 29. En droit belge, voy. l'art. 32-23 de la LPC, introduit par la loi du 7 décembre 1998, *M.B.*, 23 décembre 1998.

⁹⁰ Cf. E. MONTERO, « Internet et le droit des obligations conventionnelles », *op. cit.*, p. 51, n^o 11.

⁹¹ Sur les différents types de liens hypertextes, voy., par exemple, A. STROWEL, « Liaisons dangereuses et bonnes relations sur l'Internet. A propos des hyperliens », *A. & M.*, 4/1998, pp. 296 et s.

⁹² Cette remarque est valable non seulement pour les conditions générales, mais aussi pour toute une série d'informations, intéressant le site dans son ensemble, telles que l'accès aux renseignements sur l'identité et l'activité du prestataire (*infra*, n^o 66), le fait que le site soit réservé aux professionnels (*infra*, n^o 69) et les informations relatives à la vie privée (*infra*, n^o 70).

faudrait également veiller à ce que pareil hyperlien figure en bonne place lors de la passation de la commande, avant la conclusion définitive du contrat par le client.

57. Mais la technique permet d'aller beaucoup plus loin que la simple *accessibilité* des conditions générales : certains sites prévoient, dans le processus de conclusion du contrat en ligne, l'affichage automatique d'une page contenant les conditions⁹³. Mieux : la commande ne peut être poursuivie tant que l'on n'a pas fait défiler les conditions jusqu'au bout et cliqué, en bas de cette page, sur un bouton baptisé « J'accepte »⁹⁴. Grâce à ce *passage obligé* par les conditions, l'on garantit que l'autre partie a eu, en tout état de cause, la possibilité d'en prendre connaissance⁹⁵.

Concernant la présentation des conditions générales, le multimédia permet également d'attirer l'attention du visiteur sur le contenu de ces dernières, et de mettre en lumière certaines clauses particulièrement importantes (droit de rétractation, exonération de responsabilité...), par le jeu de couleurs, de taille et de police de caractères, d'encadrés, d'animations, de fenêtres spéciales apparaissant à l'écran. Notons que dans le contexte numérique, libérées du joug du papier, les conditions générales peuvent s'étaler amplement et intégralement, sans limites de taille ou de volume. Ici, pas d'économies de bouts de chandelle au détriment de la lisibilité : finis les caractères minuscules et les clauses serrées les unes contre les autres, tassées en bas de page ou au dos du bon de commande !

D'aucuns objecteront que le papier présente sur le support électronique l'avantage de pouvoir se conserver intact, en vue d'une consultation ultérieure⁹⁶. En réponse, la directive sur le commerce électronique impose que les conditions générales soient fournies d'une manière qui permette de les conserver et de les reproduire⁹⁷. Cette exigence ne soulève guère de difficultés, puisqu'il est possible d'enregistrer les conditions générales sur le disque dur de son ordinateur, ou mieux, de les imprimer immédiatement sur papier, de manière à pouvoir s'y référer à tout moment. Il revient alors au professionnel d'encourager explicitement son client à effectuer l'une ou l'autre de ces démarches, tout en veillant à configurer la page des conditions générales de telle manière qu'elle puisse être entièrement et correctement imprimée ou enregistrée⁹⁸.

⁹³ Cette solution est d'ailleurs recommandée par certains auteurs. Voy. à ce sujet B. DE NAYER et J. LAFFINEUR (éds), « Le consentement électronique : le cadre législatif belge », in *Le consentement électronique*, Coll. Droit et Consommation, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 63-64 ; TH. VERBIEST et E. WERY (avec la collaboration de D. GOBERT et A. SALAÜN), *Le droit de l'internet et de la société de l'information*, Bruxelles, Larcier, 2001, n° 559.

⁹⁴ Parfois, le choix est laissé entre deux boutons, l'un pour accepter, l'autre pour refuser les conditions générales. Un clic sur le second bouton interrompt aussitôt le processus de conclusion du contrat, renvoyant l'internaute au point de départ.

⁹⁵ Voy. S. CAVANILLAS-MUGICA, « Dix thèses sur la protection du 'consommateur électronique' d'après la Directive sur la vente et les garanties des biens de consommation », *Ubiquité*, déc. 2000, p. 100.

⁹⁶ Semblable objection a été soulevée sur le terrain de la preuve, notamment par X. LINANT DE BELLEFONDS, « L'internet et la preuve des actes juridiques », *Expertises*, 1997, p. 226.

⁹⁷ Voy. l'art. 10, § 3, de la directive sur le commerce électronique.

⁹⁸ En effet, suite à une mauvaise configuration, on constate parfois, lors de l'impression d'une page web, que seule une partie de la page s'imprime, voire uniquement son encadré, sans le contenu !

L'énumération fastidieuse d'une légion de clauses et de mentions incompréhensibles est de nature à décourager le plus vaillant des cocontractants⁹⁹. Aussi, en vue d'assurer une bonne compréhension des droits et obligations des parties, certains prestataires assortissent les conditions générales d'explications, libellées en des termes accessibles au profane. Toute la difficulté est de restituer dans le langage courant les nuances du texte juridique. Il s'ensuit un risque de contradiction entre les conditions générales et la version vulgarisée qui en est fournie. Dans ce cas, le juge pourrait être amené à privilégier cette dernière. D'autres prestataires proposent sur leur site un résumé des clauses et conditions essentielles du contrat. Celles-ci peuvent être aisément mises en évidence, par des messages spécifiques, destinés à attirer l'attention de l'internaute sur leur importance. Il faut saluer un tel effort de simplification. Toutefois, la présentation des conditions générales par extraits est également risquée, car le juge pourrait décider que seules sont opposables les clauses figurant dans le résumé, notamment si le texte intégral des conditions n'a pas été communiqué¹⁰⁰.

58. Un mot doit encore être dit de la langue dans laquelle les conditions générales sont produites. De nombreux sites, nous l'avons dit, proposent au visiteur le choix entre plusieurs langues. Insistons sur la nécessité de traduire alors l'intégralité du site, y compris les conditions générales. Il serait en effet malvenu de ne traduire que le catalogue de produits ou de services, en laissant le client dans l'ignorance de la langue des conditions contractuelles¹⁰¹.

59. Enfin, relevons que la pratique a développé sur les réseaux des mécanismes d'autorégulation, sous forme de codes de bonne conduite. Par l'adhésion volontaire aux règles contenues dans ces codes, les détenteurs de sites entendent susciter la confiance du client, en lui assurant un service de qualité. Dans cette hypothèse, il est fait obligation aux prestataires soumis à de tels codes d'en informer leurs cocontractants et de leur indiquer comment les consulter par voie électronique¹⁰². En pratique, cette exigence sera rencontrée par l'affichage sur le site d'un lien hypertexte, renvoyant à une page web contenant le code de conduite.

A notre avis, une référence expresse à ces codes sur leur site aura parfois pour effet de les intégrer au domaine du contrat. Si les règles de bonne conduite imposent au professionnel de se conformer à des exigences précises, elles pourront être invoquées par le client comme faisant partie des conditions contractuelles¹⁰³. Toutefois, l'on peut douter que les chartes et

⁹⁹ Le problème de la compréhension du langage juridique par le profane a été souligné par M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, op. cit., n° 59, p. 47.

¹⁰⁰ Concernant l'inopposabilité des conditions non communiquées, voy. Bruxelles, 12 septembre 1997, *R.G.D.C.*, 1998, p. 352 ; *J.L.M.B.*, 1999, p. 362 ; Anvers, 17 mai 1995, *R.D.C.*, 1996, p. 980 ; Comm. Courtrai, 10 février 1992, *R.D.C.*, 1992, p. 902 ; Bruxelles, 9 mai 1990, *J.L.M.B.*, 1990, p. 1490.

¹⁰¹ Concernant la connaissance de la langue des conditions générales, voy., notamment, Comm. Hasselt, 14 mai 1969, *R.D.C.*, 1969, p. 556 ; Comm. Bruxelles, 19 octobre 1961, *R.W.*, 1961-1962, 809. Comp. Comm. Gand, 7 novembre 1996, *T.G.R.*, 1997, p. 21 ; Comm. Liège, 7 septembre 1995, *R.D.C.*, 1996, p. 1005.

¹⁰² Cf. art. 10, § 2, de la directive sur le commerce électronique. Certes, il est permis aux professionnels, dans les relations qu'ils nouent entre eux, de déroger conventionnellement à cette exigence. Toutefois, de nombreux codes de conduite imposent une semblable mesure de publicité à leurs adhérents, et une telle dérogation pourrait constituer une violation des dispositions du code. Signalons enfin que l'exigence de publicité des codes de conduite de l'article 10, § 2, ne s'applique pas aux contrats conclus exclusivement par échange de courriers électroniques (art. 10, § 4).

¹⁰³ En ce sens, P. VAN OMMESLAGHE, « L'autorégulation – Rapport de synthèse », in *L'autorégulation*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 266, n° 34.

autres netiquettes, limitées à l'énonciation de grands principes généraux, puissent être assimilées à des conditions générales. En tout état de cause, une telle incorporation sera laissée à l'appréciation souveraine du juge¹⁰⁴.

60. Ainsi, en épuisant les possibilités offertes par la technologie, il nous semble que l'on peut encourager non seulement la prise de connaissance effective, mais encore la compréhension des conditions générales dans les contrats conclus par voie électronique. A cet égard, nous pensons même que le recours à ces méthodes s'avère bien plus efficace que la signature hâtive d'un bon de commande au comptoir d'un magasin, souvent sans un regard pour les conditions générales¹⁰⁵.

Bien entendu, semblables procédés ne permettent pas d'avoir la certitude que le client a effectivement lu les conditions générales. Mais au moins, tout aura été mis en œuvre pour que cette lecture ait pu avoir lieu, ce qui suffit à les rendre opposables. Libre alors au client de décider de ne pas en prendre connaissance, à ses risques et périls.

D. – Le devoir de conseil et de mise en garde

61. Utilisées à bon escient, les techniques examinées ci-dessus semblent permettre au client de disposer de toutes les informations indispensables à un choix éclairé, opéré en pleine connaissance de cause. En ce qui concerne le devoir de conseil, il convient toutefois de tempérer notre propos.

On distingue habituellement le devoir de conseil du devoir de renseignement. Selon J. GHESTIN, « l'objet de l'obligation de conseil est plus large, puisque son débiteur ne se borne plus à énoncer des faits. Il doit, au moins partiellement, faire apparaître à l'autre partie leurs conséquences quant à l'opportunité de conclure le contrat envisagé, sur le plan technique, ou pécuniaire »¹⁰⁶.

Lorsqu'il s'agit uniquement d'énoncer des faits objectifs, le recours à la technologie semble propice à l'accomplissement du devoir d'information sur les réseaux. La tâche se complique s'il est question d'apprécier, au cas par cas, la situation personnelle de chaque client. Cet inconvénient est commun à la plupart des contrats conclus à distance. Encore convient-il d'opérer des distinctions parmi les techniques de communication utilisées. En effet, certaines permettent aux parties d'entrer directement et personnellement en contact, comme la téléphonie vocale sur l'internet, la vidéoconférence, ou plus simplement le *chat* ou le courrier électronique. Tout porte à croire que, dans ces circonstances, l'on rencontre beaucoup moins d'entraves à l'accomplissement du devoir de conseil.

¹⁰⁴ On note que les juges se réfèrent davantage aux codes de conduite lorsqu'il s'agit d'apprécier, dans le cadre d'une action en responsabilité, le comportement prudent et diligent du professionnel. Voy. P. VAN OMMESLAGHE, « L'autorégulation – Rapport de synthèse », *op. cit.*, p. 272, n° 40.

¹⁰⁵ En ce sens, X. LINANT DE BELLEFONDS, « De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent », *J.C.P.*, 2000, I, 236, p. 1116, n° 13.

¹⁰⁶ J. GHESTIN, *Le contrat : formation*, *op. cit.*, n° 456. Sur la distinction entre renseignement et conseil, voy. aussi E. MONTERO, *La responsabilité civile du fait des bases de données*, Namur, P.U.N., 1998, spéc. p. 83, n° 29.

Par contre, la situation paraît inextricable en ce qui concerne la conclusion de contrats sur un site de commerce électronique. En effet, l'information fournie y est à ce point standardisée qu'il semble bien difficile au professionnel de fournir un conseil personnalisé. On se heurte tout simplement à un obstacle matériel, lié à la technique utilisée pour contracter. C'est sans compter l'inépuisable imagination dont les prestataires sont parfois capables pour surmonter les obstacles au développement de leur négoce.

62. En premier lieu, pour pallier dans une certaine mesure cet inconvénient, il est possible d'afficher une série de messages standards, programmés en fonction de circonstances et de critères objectifs. Ces louables précautions ne pourront être qualifiées de conseils, mais plutôt d'avertissements, destinés à attirer l'attention de l'autre partie sur les conséquences juridiques ou techniques de son acte. En d'autres termes, il s'agira là de l'accomplissement de ce que certains auteurs qualifient de *devoir de mise en garde*, situé entre le renseignement et le conseil¹⁰⁷.

Par ailleurs, la technique des « FAQ » (ou « *Frequently Asked Questions* ») permet de fournir un éventail des questions susceptibles de préoccuper le client, accompagnées de réponses qui se veulent rassurantes. A condition d'être détaillée et régulièrement mise à jour, cette liste de « questions-réponses » peut être d'un certain secours pour le client, sans toutefois atteindre le « sur mesure » requis par le devoir de conseil.

Dans certaines hypothèses, une relative personnalisation de la relation est même envisageable. En invitant le client à compléter un questionnaire, concernant par exemple le matériel informatique dont il dispose déjà, ou encore son état de santé, ses goûts, ses habitudes, voire sa situation financière, il sera possible de ne lui proposer que les produits ou services adaptés à sa situation personnelle. D'évidence, de telles pratiques, si elles permettent de « conseiller » le client, ont aussi pour objectif de dresser un profil de la clientèle du site, notamment à des fins de marketing. S'agissant d'un traitement de données à caractère personnel, le responsable du traitement devra se conformer à la législation en matière de vie privée (*infra*, n° 70).

Le prestataire peut enfin mettre à la disposition de son cocontractant une ligne téléphonique ou une adresse e-mail auprès de laquelle il pourra obtenir davantage de renseignements. Mieux : certains fournisseurs de matériel informatique s'offrent le luxe de proposer à leurs clients, dans une fenêtre spécialement prévue à cet effet, d'indiquer leurs nom et numéro de téléphone, afin qu'un conseiller technique puisse entrer directement en contact avec eux, aux frais du prestataire. Toutefois, vu le coût élevé de semblable procédé, rares seront les prestataires qui auront les moyens d'offrir un tel confort à leur clientèle.

Notons en passant que la solitude de l'acheteur devant son écran n'est pas forcément un mal. Les partisans du commerce électronique feront valoir, non sans une certaine justesse, que la cohue qui règne parfois dans les magasins, la course contre la montre, les contraintes horaires, les difficultés de stationnement, et surtout les techniques de vente agressives de certains commerçants, incitent à rester chez soi pour effectuer, au calme, les mêmes opérations sur le réseau¹⁰⁸.

¹⁰⁷ J. GHESTIN, *Le contrat : formation, op. cit.*, n° 456.

¹⁰⁸ L. AZANCOT (« Formation du contrat », Dossier Vente par correspondance, *Gaz. Pal.*, 1993, p. 207) faisait déjà valoir semblable argument en ce qui concerne les ventes réalisées par voie télématique.

II. – La transparence du processus contractuel sur les réseaux

63. Outre la communication des informations, somme toute classiques, relatives aux conditions essentielles du contrat, le prestataire doit tout mettre en œuvre pour que les relations qu'il noue sur les réseaux avec ses clients soient aussi diaphanes que possible. En réponse à la complexité croissante des techniques et aux accusations de pratiques frauduleuses ou d'atteintes à la vie privée, la confiance est devenue le véritable leitmotiv du commerce électronique.

Cette confiance se traduit d'abord par l'identification de l'individu qui se dissimule derrière la machine (A), ensuite par une sérieuse politique de protection de la vie privée (B), mais aussi par la mise en place de dispositifs, destinés à garantir que la manipulation de l'outil technique ne puisse conduire à la conclusion inopinée du contrat (C) ou à la commission de quelque bétise (D).

A. – L'identification des parties sur les réseaux

64. Par hypothèse, lors de la conclusion d'un contrat sur les réseaux, les parties ne sont pas en présence l'une de l'autre. Alors que les autres moyens de communication à distance permettent une identification par la voix, par l'écriture ou sur la base des documents d'identité produits, l'identification sur les réseaux passe par d'autres griffes et signes distinctifs, à des degrés de fiabilité divers. Il s'agit d'abord de vérifier si l'interlocuteur est bien la personne qu'il prétend être. A cet égard, le recours à la signature numérique semble incontournable (1). Lorsque les parties ne se connaissent pas, l'enjeu est aussi, pour le client, de s'assurer du sérieux et de l'honnêteté du prestataire dissimulé derrière le site (2), et pour le prestataire, de cerner le client auquel il a affaire, notamment au regard d'une éventuelle protection légale dont bénéficierait ce dernier (3).

1. La signature électronique

65. Actuellement, le procédé technique le plus fiable est la signature électronique fondée sur un système de clés cryptographiques asymétriques. L'utilisation d'une telle signature associée à un certificat délivré par un tiers de confiance permet d'avoir la certitude de l'identité du signataire et de sa volonté d'adhérer au contenu de l'acte. A cet égard, nous avons déjà fait remarquer combien la fonction d'identification de la signature est appelée à prendre une signification nouvelle dans le contexte des réseaux ouverts. Traditionnellement cantonnée au plan probatoire – pour attester *a posteriori*, en cas de contestation, la présence d'une partie à un acte juridique et son adhésion au contenu de celui-ci –, elle tend à apparaître comme un précieux moyen d'identification *a priori*, et par là, comme une exigence inhérente à la formation même du contrat¹⁰⁹. Actuellement, sous l'impulsion du législateur européen, la plupart des États ont déjà accueilli la signature électronique en leur droit positif¹¹⁰.

¹⁰⁹ E. MONTERO, « Internet et le droit des obligations conventionnelles », *op. cit.*, p. 65, n° 19 ; D. GOBERT et E. MONTERO, « La signature dans les contrats et les paiements électroniques : l'approche fonctionnelle », D.A./O.R., n° 53, 2000, pp. 17 et s., spéc. pp. 23-24, n°s 22 et 23.

¹¹⁰ Pour un commentaire des législations nationales et internationales adoptées en la matière, voy. D. GOBERT et E. MONTERO, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », *J.T.*, 2001, pp. 114-128 et les réf. citées, et des mêmes auteurs, « La signature... », *op. cit.*, spéc. pp. 53 et s., n°s 33 et s.

Toutefois, actuellement, le recours à ce type de signature électronique est surtout d'usage dans les échanges d'e-mails.

Sur un site de commerce électronique, il n'est pas encore possible de signer numériquement au moyen d'une clé privée. La « signature » du bon de commande se fait actuellement par l'introduction de données 'identifiantes' (le nom de l'utilisateur, son adresse géographique...) et d'un mot de passe, mais ces informations ne permettent pas d'identifier le client avec certitude. Sur le web, les échanges sont sécurisés par l'emploi d'un procédé de cryptage (SSL, SET...) qui fonctionne sur un schéma de clés générées pour les besoins de la transmission en cours. A ce jour, ces protocoles sont utilisés principalement pour garantir la confidentialité des échanges de données à caractère personnel (identité, numéro de carte de crédit...). Cependant, de plus en plus souvent, ils semblent permettre aussi la confirmation de l'identité des parties par l'utilisation de signatures numériques ou de certificats d'identité émis par un tiers de confiance¹¹¹.

Soulignons enfin que la signature électronique, à l'heure actuelle, reste l'apanage de quelques professionnels pour des contrats d'envergure. En ce qui concerne les particuliers et les petites opérations courantes, le procédé est loin d'être généralisé. Aussi, les parties sont-elles souvent contraintes de recourir à d'autres méthodes d'identification, dont l'inconvénient majeur est leur manque de fiabilité.

2. Le prestataire et son activité : de la séduction à la confiance

66. S'agissant des contrats à distance, la question de l'identification et de la réputation du prestataire n'est pas neuve. Mais le phénomène des réseaux tend à amplifier le problème, en permettant de négocier avec des internautes du monde entier. Dans ces circonstances, le site web ou l'adresse e-mail du prestataire peuvent constituer le seul gage de l'existence de ce dernier. A cet égard, un site au *design* léché et aux formules élégantes ne renseignera guère le visiteur sur la fiabilité et le professionnalisme du prestataire. Par bonheur, le mythe du vendeur « flou, distant, désincarné »¹¹² sur les réseaux tend à s'estomper, face aux exigences croissantes du législateur en matière d'identification.

A l'évidence, un site prolixe sur l'identité et les activités de son propriétaire suscitera davantage la confiance du visiteur qu'une laconique adresse e-mail dissimulée en bas de page. Partant de ce principe, la directive sur le commerce électronique réclame la mise en évidence d'une série d'informations générales, relatives au prestataire et à son activité professionnelle, telles que son nom, son adresse géographique d'établissement, les coordonnées permettant d'entrer directement et efficacement en contact avec lui, et notamment une adresse e-mail. Le numéro de TVA et de registre du commerce, l'appartenance à un ordre professionnel ou la

¹¹¹ Pour plus de détails sur les protocoles SSL et SET, voy. A. JAMAR, « La sécurité des transactions – Introduction technique », in *Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter ?*, Liège, Editions du Jeune Barreau, 2001, pp. 19 et s., spéc. p. 44 et p. 49.

¹¹² B. DE NAYER, « Information, interaction et commerce électronique », in *I nuovi diritti nell'integrazione europea : la tutela dell'ambiente e la protezione del consumatore*, Padova, CLEUP Editrice, 1999, p. 122.

soumission à un régime d'autorisation, figurent aussi parmi les informations à fournir obligatoirement¹¹³.

Si le prestataire est une personne morale, il devra en outre se conformer au droit des sociétés, qui exige la fourniture d'un certain nombre de renseignements relatifs à sa société, dans « tous les actes, factures, publications, lettres, notes de commande et autres documents »¹¹⁴. Ce genre de formulation, volontairement ouverte, permet de considérer, sans l'ombre d'un doute, que le site web d'une société ou ses courriers électroniques doivent contenir les informations requises par la loi.

Bien entendu, toutes ces informations doivent être en permanence accessibles, aisément et directement, par exemple à partir d'un hyperlien figurant au bas de chacune des pages du site¹¹⁵.

Libre au prestataire d'ajouter spontanément à ces exigences légales diverses informations, concernant la genèse de la société, le groupe auquel elle appartient, ses statuts, ses responsables, des statistiques, des photos, les adresses des différents points de vente, etc. Le tout étant évidemment de ne pas noyer dans un flot de renseignements insignifiants les informations essentielles à l'identification du prestataire.

Enfin, en vue d'assurer le client de leur sérieux et de leur honnêteté, nombreux sont les prestataires qui affichent sur leur site un label de qualité, lié le plus souvent au respect d'un code de bonne conduite¹¹⁶. Depuis peu, c'est à une véritable 'course à la confiance' que l'on assiste, chacun y allant de son label et de son corps de règles. Afin de garantir une certaine transparence autour de ces pratiques, nous avons vu qu'il est imposé au prestataire adhérent à un code de conduite d'informer ses clients sur la manière dont ces codes peuvent être consultés par voie électronique¹¹⁷. A notre avis, il conviendrait encore, dans un souci de transparence, de fournir toutes les informations sur l'autorité de labellisation, le contrôle qu'elle exerce et les éventuelles sanctions ou procédures applicables en cas de violation du code.

3. Le client : un être transparent ou insaisissable ?

67. Faute de recourir à la signature électronique, l'identification du client passe le plus souvent par un formulaire, qu'il est invité à compléter en indiquant ses nom, adresse

¹¹³ Voy. l'art. 5, § 1^{er}, de la directive sur le commerce électronique, qui impose la fourniture de ces informations générales à *tout prestataire*, qu'il fasse du commerce électronique ou non.

¹¹⁴ Cf., par exemple, art. 78 et 86 du Code des sociétés belge.

¹¹⁵ L'article 5 de la directive sur le commerce électronique exige d'ailleurs que ces informations soient d'accès facile, direct et permanent.

¹¹⁶ Sur la question de la labellisation des sites web, nous renvoyons à D. GOBERT et A. SALAÜN, « La labellisation des sites web : classification, stratégies et recommandations », *D.A.O.R.*, 1999, pp. 83 et s. ; *Idem*, « La labellisation des sites web : inventaire des initiatives existantes », *Communications & Stratégies*, 1999, pp. 229 et s.

¹¹⁷ Cette obligation découle de l'art. 10, § 2, de la directive sur le commerce électronique. Mais cette exigence de publicité pourrait également découler des dispositions du code lui-même.

géographique, adresse de courrier électronique, numéro de téléphone, numéro de carte de crédit, etc. Ces données sont consignées par le prestataire, non seulement en vue de l'exécution du contrat, mais encore à des fins de marketing, de statistiques ou de gestion de la clientèle. Notons que ces informations sont souvent associées à des techniques de pistage, comme les *cookies*, qui permettent au prestataire d'identifier le client lors de son prochain passage sur le site¹¹⁸ (*supra*, n° 55).

Cependant, parler d'identification à ce stade semble excessif, tant il est courant que le client utilise un pseudonyme ou introduise des informations fantaisistes, notamment pour se protéger d'éventuelles atteintes à la vie privée. On peut également redouter l'usurpation de l'identité d'autrui.

68. Par ailleurs, rien n'atteste la capacité à contracter de l'autre partie. Celui qui contracte avec un incapable, par exemple un mineur, s'expose à voir le contrat annulé ou rescindé. Toutefois, il ne faudrait pas grossir le problème : des précautions peuvent être adoptées en termes de sécurité. Ainsi, il est possible de prévoir des autorisations d'accès subordonnées à la composition d'un code secret que l'incapable ne devrait pas pouvoir aisément se procurer. L'obligation de signer électroniquement l'acceptation d'une offre est également de nature à faire obstacle à d'éventuelles initiatives de mineurs ou d'autres incapables (*supra*, n° 4).

En ce qui concerne les sites spécialement destinés aux enfants, la plupart des codes de conduite recommandent aux prestataires d'afficher des messages d'avertissement, dès lors qu'il est possible de commander en ligne¹¹⁹. A l'évidence, de telles mesures, purement informationnelles, ne garantissent pas qu'un mineur s'abstiendra sagement de contracter, ou que le consentement parental aura été donné. Reste que l'on peut en tout cas attendre des prestataires qu'ils fassent montre de diligence, dans la limite des moyens existants, pour éviter ce genre de problème.

A moyen terme, le commerce électronique se banalisant, on pourrait assimiler à des actes de la vie courante certains achats effectués par des mineurs sur les réseaux, eu égard à des éléments de fait tels que l'âge du mineur, la faible importance de l'opération et la nature du bien vendu¹²⁰. Par ailleurs, certains auteurs proposent de recourir au mandat (apparent, tacite ou oral) pour valider les contrats conclus par des mineurs¹²¹. Ainsi, si le mineur se faisait

¹¹⁸ En réalité, le *cookie* ne permet pas de reconnaître directement l'individu, mais la machine, à laquelle un individu est associé. Dès lors, si un ordinateur est partagé par plusieurs utilisateurs, il pourra y avoir méprise sur l'identité du visiteur.

¹¹⁹ Ainsi, une mention spécifique pourrait apparaître de manière visible tout au long du processus de commande, signalant qu'une supervision parentale est indispensable, ou qu'il faut être majeur, pour effectuer des achats sur le site. Certains sites prévoient même deux accès différents à leur catalogue : l'un pour les enfants, où seule une consultation est possible, l'autre réservé aux parents pour l'achat en ligne.

¹²⁰ En ce sens, L. LAVOREL, « Le consentement en matière de commerce électronique », *Expertises*, 2000, p. 379. Notons qu'en France, la possibilité pour un mineur d'accomplir seul des actes de la vie courante est expressément prévue par les articles 389-3, al. 1^{er}, et 450, al. 1^{er}, du Code civil, qui visent les cas où « la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir d'eux-mêmes ». Selon L. AZANCOT (*op. cit.*, pp. 208-209), la vente à distance portant essentiellement sur des biens de consommation courante, « on peut considérer que les tribunaux rattacheront très souvent ce type de contrat à la notion d'actes de la vie courante ». *Contra* : F.-J. PANSIER, « Propos sur le client mineur », *Cah. dr. entr.*, 1982, n° 5-6, p. 35, qui estime qu'il n'existe pas d'usage en matière de vente par correspondance, ce qui exclurait l'application des articles précités du Code civil français.

¹²¹ L'article 1990 du Code civil envisage en effet la possibilité pour un mineur d'agir en qualité de mandataire. Voy. L. AZANCOT, *op. cit.*, p. 209 ; J.-P. MASSON, « La gestion des biens du mineur », in *L'autonomie du*

passer pour ses parents lors de la commande (en utilisant leur nom et leur numéro de carte de crédit, par exemple), il pourrait apparaître comme le mandataire de ses parents. A l'inverse, le mandat sera difficilement présumé dans le cas où le bon de commande est rempli en ligne au nom du mineur lui-même¹²². Un tel recours au mandat a été critiqué par P. DEJEMEPPE et J. LAFFINEUR, selon lesquels le mineur qui passe commande le fait toujours dans son propre intérêt, et la commande passée par un mineur seul pourra toujours être attaquée¹²³. Dans le cadre de la vente à distance, les deux auteurs concluent : « La seule possibilité, théorique il est vrai, pour le vendeur réside dans la mise en cause de la responsabilité des parents pour manquement à leur devoir de surveillance, voire d'éducation »¹²⁴.

69. Un autre problème doit être soulevé : comment savoir si le cocontractant est un professionnel ou un consommateur ? La question est capitale, puisque la qualité de consommateur donne droit à une protection particulière, exprimée à travers l'énonciation d'un certain formalisme (mentions obligatoires...), de droits supplémentaires... Outre leur caractère généralement impératif, ces obligations légales sont assorties de sanctions sévères et particulièrement dissuasives.

Pour éluder le problème, certains prestataires choisissent d'accorder la protection maximale à tous les clients de leur site, qu'ils soient consommateurs ou non. D'autres, au contraire, réservent strictement leurs services aux professionnels. D'autres, enfin, proposent un site à deux vitesses : dès la page d'accueil, le visiteur est invité à s'identifier comme consommateur ou comme professionnel. En fonction du choix ainsi opéré, le traitement du client sera différent.

Quelle que soit l'option retenue par le prestataire, il devrait veiller à ce qu'un consommateur ne puisse pénétrer par mégarde dans une zone réservée aux professionnels et ne se voie ainsi privé de la protection que la loi lui accorde. A cet effet, un certain nombre de mesures techniques peuvent être adoptées, afin de n'accorder l'accès qu'aux visiteurs dûment autorisés : code d'accès, introduction d'un numéro de TVA ou du numéro de registre du commerce...¹²⁵ En l'absence de dispositifs techniques, il reviendra alors au prestataire de mettre tout en œuvre pour que le visiteur soit clairement averti qu'il navigue sur un site *Business to Business*. Si la présentation du site était équivoque à cet égard, et qu'un consommateur venait à conclure un contrat, sans doute pourra-t-il bénéficier des protections qui lui sont accordées par la loi. En tout cas, il devrait être admis à demander la nullité du contrat conclu par erreur suite à un manquement du prestataire à son devoir d'information. A l'inverse, si un message d'avertissement bien libellé, visible sur chaque page¹²⁶, informait le

mineur, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1998, pp. 71-72 ; F.-J. PANSIER, *op. cit.*, p. 35.

¹²² L. AZANCOT, *op. cit.*, p. 209.

¹²³ P. DEJEMEPPE et J. LAFFINEUR, *Le statut juridique du consommateur mineur d'âge*, Louvain-la-Neuve, Centre de droit de la consommation, 1997, pp. 43-44 et 115-116.

¹²⁴ *Idem*, p. 116.

¹²⁵ Il est piquant de constater que certains sites web réservés aux professionnels n'accordent un code d'accès qu'à condition que les statuts de la société leurs soient... faxés !

¹²⁶ Eu égard à l'existence de liens 'profonds', menant directement au sein d'un site sans passer par la page d'accueil, il semble important que ce message figure sur chacune des pages du site professionnel et non sur la seule page d'accueil. La même remarque a déjà été faite en ce qui concerne les conditions générales et l'identité du prestataire (*supra*, n^{os} 56 et 66).

visiteur que le site est strictement réservé aux professionnels, cette clause pourrait être opposée à un consommateur qui aurait contracté sur le site, en pleine connaissance de cause, à ses risques et périls.

B. – La transparence dans le traitement des données à caractère personnel

70. Dès l'instant où le prestataire collecte des données à caractère personnel lors du passage de visiteurs sur son site, il doit se conformer à la législation relative à la protection de la vie privée¹²⁷, qui accorde à la personne concernée, entre autres droits, celui d'être dûment informée des finalités des traitements envisagés¹²⁸.

A cet égard, un certain nombre d'informations doivent être communiquées par le responsable du traitement (en l'occurrence, le prestataire) à la personne concernée : le nom et l'adresse du responsable du traitement, les finalités du traitement, l'existence d'un droit de s'opposer au traitement de ses données à des fins de marketing, les destinataires de ces données, l'existence d'un droit d'accès et de rectification des données la concernant ou encore le caractère obligatoire ou non des réponses à fournir¹²⁹.

Ainsi, lorsque la collecte s'effectue par le biais d'un formulaire en ligne, un astérisque peut être placé à côté des champs devant impérativement être complétés par le client. Ce dernier est également invité à cocher une case selon qu'il s'oppose ou non à l'utilisation de ses données à des fins de marketing.

Outre ces incontournables renseignements, le prestataire doit fournir à son client toute information permettant de garantir un traitement loyal de ses données, eu égard à la technique de traitement utilisée. En pratique, les prestataires sont de plus en plus nombreux à communiquer sur leur site leur politique de protection de la vie privée. Pour répondre adéquatement aux exigences de loyauté et de transparence, cette '*Privacy Policy*' devrait apparaître sur chacune des pages du site, par le biais d'un hyperlien, et contenir toutes les informations relatives aux techniques utilisées pour pister l'internaute¹³⁰. Par exemple,

¹²⁷ Cf. la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *J.O.C.E.*, n° L 281 du 23 novembre 1995, p. 31 et, en droit belge, la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *M.B.*, 18 mars 1993, p. 5801, modifiée par la loi du 11 décembre 1998, *M.B.*, 3 février 1999.

¹²⁸ Pour un exposé des principes juridiques relatifs à la protection de la vie privée en matière de contrats conclus par voie électronique, voy. l'avis n° 34/2000 de la Commission pour la protection de la vie privée, du 22 novembre 2000, relatif à la protection de la vie privée dans le cadre du commerce électronique (l'avis est disponible en ligne à l'adresse : <http://www.privacy.fgov.be>).

¹²⁹ Cf. les art. 10 et 11 de la directive relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et, en droit belge, l'art. 9 de la loi relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel.

¹³⁰ Voy. Th. LEONARD, « E-commerce et protection des données à caractère personnel. Quelques considérations sur la licéité des pratiques nouvelles de marketing sur internet », p. 12, disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.droit.fundp.ac.be/Textes/Leonard1.pdf>.

lorsque le client est identifié par le biais de *cookies*, il devrait être informé de l'envoi de ces *cookies*, de leur nature et de leur fonction précise, ainsi que des moyens de les refuser¹³¹.

Ces informations ont pour but de s'assurer que la personne concernée consente en pleine connaissance de cause au traitement de ses données, afin de légitimer leur éventuelle utilisation à des fins de marketing direct¹³². Il va de soi qu'une politique transparente en matière de vie privée assainit les relations qui se nouent entre le prestataire et ses clients, créant un climat de confiance propice au développement du commerce électronique.

C. – Le jalonnement du processus contractuel

71. D'évidence, conclure un contrat sur les réseaux exige une certaine maîtrise de l'outil informatique, des logiciels de navigation, du *world wide web*, ou encore du courrier électronique. Encore faut-il, pour que l'on ait pleinement conscience de s'engager dans les liens d'un contrat, que le site de commerce électronique lui-même soit suffisamment ordonné. Faute de quoi, l'on court le risque de voir se former des contrats par erreur, par mégarde, voire par jeu, presque malgré soi. A cet égard, d'aucuns ont dénoncé l'immédiateté de la formation des contrats par voie électronique¹³³, où un simple clic aurait le pouvoir de faire basculer instantanément l'internaute dans le champ contractuel¹³⁴.

Il convient de dédramatiser la situation. Soucieux de la validité du consentement exprimé par le client, les acteurs des réseaux ont développé certains mécanismes qui ont le pouvoir d'étaler dans le temps ce moment crucial, de le fractionner, en ménageant au client une série de haltes propices à la réflexion. S'inspirant de cette pratique, déjà largement répandue, le législateur européen exige que le client soit informé des différentes étapes techniques à suivre pour conclure le contrat¹³⁵.

72. Généralement, la procédure se déroule comme suit. Le cocontractant, une fois son choix arrêté, peut décider d'amorcer le processus de conclusion du contrat, en cliquant sur une icône spécifique. Il est alors invité à suivre un itinéraire soigneusement découpé en étapes, chaque passage à l'étape ultérieure étant conditionné par son approbation, exprimée par un clic sur l'icône appropriée. A chaque instant, s'il le désire, il a la possibilité d'interrompre la procédure et de revenir en arrière, sans conclure le contrat. Ce périple a pour objectif d'éveiller chez le cocontractant le sentiment que, pas à pas, il s'engage dans la voie contractuelle. L'opération est susceptible de durer un certain temps : le client sélectionne avec

¹³¹ Voy. S. LOUVEAUX, « Le commerce électronique et la vie privée », in *Le droit des affaires en évolution – Le commerce électronique/Tendensen in het bedrijfsrecht – De elektronische handel*, Bruxelles-Antwerpen, Bruylant-Kluwer, 1999, p. 204.

¹³² Voy. Th. LÉONARD, *op. cit.*, pp. 8 et s.

¹³³ Voy. B. DE NAYER, « Information, interaction et commerce électronique », *op. cit.*, pp. 117 et s. ; F. OST, « Le commerce en ligne : courts-circuits et excès de vitesse », *op. cit.*, pp. 194 et s.

¹³⁴ Nous situons notre propos dans la conception selon laquelle c'est le prestataire qui formule l'offre et le client qui l'accepte, par l'envoi de son bon de commande.

¹³⁵ Voy. l'art. 10, § 1^{er}, point a, de la directive sur le commerce électronique. Signalons que cette exigence est supplétive en ce qui concerne les relations *Business to Business* et ne s'applique pas aux contrats conclus exclusivement par échange de courriers électroniques ou par *chat* (art. 10, § 4).

soin chaque élément, vérifie son choix à plusieurs reprises, modifie le contenu de sa commande, remplit le formulaire de commande, s'informe de l'utilisation qui sera faite de ses données personnelles, consulte les différents modes et tarifs de livraison, prend connaissance des conditions générales, etc. Une fois déterminés tous les éléments du contrat, un récapitulatif de l'opération apparaît à l'écran, accompagné d'une invitation à vérifier l'exactitude des données, avant de valider définitivement la commande, en cliquant sur l'icône prévue à cet effet. Ce n'est qu'au terme de ce processus que la commande est enregistrée, avec l'affichage d'une page web confirmant que tout s'est bien déroulé.

Dès lors, il s'agit de se montrer patient si l'on veut parvenir à la conclusion du contrat, aucun raccourci n'étant permis. Ainsi se construit le consentement de l'internaute : de page en page, clic après clic, chaque élément du contrat est tour à tour accepté, en autant d'étapes incontournables, selon un ordre déterminé.

La limpidité du procédé présente le double avantage de simplifier la passation de la commande et de responsabiliser le cocontractant. Dûment informé, celui-ci sait à tout moment à quel stade de la commande il se situe, et pose en conscience les actes nécessaires à la conclusion du contrat¹³⁶.

Dans ces conditions, le mythe du contrat conclu hâtivement par voie électronique, sous l'effet d'un « achat d'impulsion », semble sérieusement remis en cause. Au contraire, on se trouve véritablement en présence d'une « formation successive du consentement » par voie électronique, ainsi que l'ont déjà souligné deux auteurs¹³⁷. Quant à parler d'une « formation successive du contrat » lui-même, cette question sera abordée sous l'angle de la théorie de l'offre et de l'acceptation (*infra*, n° 91).

D. – La prévention des risques d'erreurs

73. Toujours dans le souci d'éviter la conclusion d'un contrat suite à une méprise, une distraction ou une maladresse, le prestataire doit tout mettre en œuvre dans l'organisation de son site pour prévenir, autant que possible, la commission d'erreurs dues à la manipulation de l'outil technologique (art. 11, § 2, de la directive sur le commerce électronique).

Notons que cette disposition souffre de nombreuses exceptions et dérogations. En réalité, il ne s'agit d'une obligation que dans le cadre de contrats conclus avec un consommateur. Dans les contrats entre professionnels, cette disposition est supplétive. Encore faut-il exclure les contrats conclus exclusivement par échange de courriers électroniques, quelle que soit la qualité des parties contractantes (art. 11, § 3, de la directive sur le commerce électronique).

74. D'emblée, distinguons une première catégorie d'erreurs, très classiques, que nous qualifierons d'erreurs intellectuelles et qui constituent de fausses représentations de la réalité¹³⁸. Les exemples sont légion : télécharger un logiciel en le croyant, à tort, compatible

¹³⁶ La question de savoir à partir de quand, dans cette succession de 'clics', le contrat est formé, sera examinée dans le troisième chapitre de notre étude, consacré à la rencontre des volontés sur les réseaux.

¹³⁷ P.-Y. GAUTIER et X. LINANT DE BELLEFONDS, « De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent », *J.C.P.*, 2000, I, 236, p. 1116.

¹³⁸ Voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, t. I, n° 37.

avec son système informatique ; faire galamment livrer à une dame, via le site d'un fleuriste, vingt-cinq roses Bakara... en plastique ! ; sans oublier un grand classique : sur un site de vente aux enchères, acquérir au lieu d'un tableau de maître une pâle reproduction¹³⁹.

Notons que ce type d'erreur n'est guère spécifique au commerce électronique, mais une description vague et incomplète de l'objet du contrat pourrait en multiplier les risques. A cet égard, nous avons déjà relevé que les moyens ne manquent pas sur les réseaux pour fournir une description correcte et détaillée des biens et services offerts, permettant de dissiper les doutes et les malentendus (*supra*, n^{os} 50 et s.).

75. Il est un autre type d'erreur, que nous qualifions d'erreur matérielle, plus spécifique aux réseaux car directement liée à la manipulation de l'outil technologique. Citons d'abord l'exemple de l'internaute qui conclut inopinément le contrat en cliquant par mégarde sur une icône. Il semble qu'un découpage clair du processus de commande, tel que décrit plus haut (*supra*, n^{os} 71 et 72), devrait permettre d'éviter semblable situation, en passe de devenir un cas d'école.

Plus réaliste est le cas du cocontractant qui, suite à des perturbations dans la connexion, croit à tort que sa commande n'est pas enregistrée et recommence l'opération, concluant ainsi deux contrats au lieu d'un seul. Nous verrons que ce genre d'incertitude sur la bonne réception de la commande par le prestataire peut être levée par l'envoi d'un accusé de réception de la commande (*infra*, n^o 78).

Restent les *errata* dans la saisie des données : sélectionner le mauvais article, ou le sélectionner plusieurs fois, se tromper – au moment de compléter le formulaire de commande – dans le numéro de carte de crédit, l'adresse de livraison, etc. Pour obvier à ces bévues, il revient au prestataire de mettre à la disposition de ses clients les moyens adéquats d'identification et de correction de telles erreurs, avant que la commande ne soit passée, et, bien entendu, de les informer de l'existence de tels dispositifs¹⁴⁰.

A cette fin, certains sites utilisent des logiciels programmés pour débusquer automatiquement les erreurs manifestes dans la commande (quantités exorbitantes, données incompatibles avec la définition d'un champ, introduction de données contradictoires, numéro de carte de crédit incorrect...) ¹⁴¹ ou les champs du formulaire qui sont restés vacants (pas de nom, pas d'adresse de livraison...). Un message d'erreur apparaît alors, invitant le client à opérer les corrections nécessaires.

76. En outre, tout au long du processus de commande, depuis la sélection d'un article jusqu'à la validation de la commande, l'on voit souvent fleurir des boutons de correction, de modification, d'annulation, de suppression des divers éléments de la commande. Le client est ainsi à même de modifier sa commande à tout moment, s'il détecte une erreur ou change simplement d'avis.

¹³⁹ En 1962, H. DE PAGE citait déjà un cas similaire pour illustrer les erreurs vices du consentement (*Traité*, t. I, n^o 39 et les exemples cités).

¹⁴⁰ Cf. art. 10, § 1^{er}, point c, et art. 11, § 2, de la directive sur le commerce électronique.

¹⁴¹ Voy. E. MONTERO, « Internet et le droit des obligations conventionnelles », *op. cit.*, 1997, pp. 48-49.

Toutefois, ces dispositifs s'avèrent inopérants sans la participation active du client, qu'il faut exhorter à la vigilance, par la multiplication de messages d'avertissement et de mise en garde. Il paraît indispensable, au stade ultime de la commande, d'afficher un récapitulatif complet de celle-ci, accompagné d'une invitation explicite à en relire attentivement le contenu avant de valider définitivement son choix, d'un dernier « clic », qui clôturera le processus de commande¹⁴².

Ainsi, si l'outil technologique utilisé pour contracter est susceptible de conduire à la commission de quelque bévue, il semble que l'on puisse trouver en son sein les ressources appropriées pour y remédier.

Nous examinerons plus loin les éventuelles actions en nullité pour vice du consentement ouvertes à la partie qui, malgré les dispositifs mis en place, aurait commis de telles erreurs (*infra*, n^{os} 82 et s.).

SECTION 2. – LA PROTECTION DU CONSENTEMENT : MESURES CURATIVES

77. En dépit des précautions prises dans l'organisation du site, des erreurs pourraient se glisser dans la commande, à l'insu du client. Ce dernier pourrait également regretter un engagement pris trop hâtivement, au point de vouloir se dégager du contrat. C'est pourquoi une série de mesures curatives ont été instaurées par le législateur, par la jurisprudence ou par les professionnels eux-mêmes.

Certaines mesures visent à éclairer *a posteriori* le consentement du cocontractant, par la fourniture d'informations consécutivement à la passation de la commande (I). En outre, si le cocontractant est un consommateur, il lui est encore loisible d'exercer, dans un certain délai, son droit de renonciation au contrat (II). En dernier recours, il reste au cocontractant la possibilité de demander la nullité du contrat pour erreur vice du consentement (III).

I. – *Un consentement éclairé a posteriori*

78. Avec le développement des contrats à distance, puis du commerce électronique, le législateur s'est montré de plus en plus soucieux de protéger le cocontractant, en multipliant les informations à lui communiquer, non seulement préalablement, mais aussi postérieurement à la conclusion du contrat.

Ainsi, la directive sur le commerce électronique exige que le prestataire envoie à son cocontractant, sans délai injustifié, un accusé de réception de la commande, par voie électronique¹⁴³. Cet accusé de réception consiste indifféremment en l'envoi d'un e-mail à

¹⁴² En ce sens, S. LOUVEAUX, A. SALAÜN et Y. POULLET, « User protection in the cyberspace : some recommendations », in *I nuovi diritti nell'integrazione europea : la tutela dell'ambiente e la protezione del consumatore*, Padova, CLEUP Editrice, 1999, p. 149.

¹⁴³ Cf. art. 11, § 1^{er}, de la directive sur le commerce électronique. A nouveau, il convient de souligner que cette disposition est supplétive entre professionnels. En outre, elle ne s'applique pas aux contrats conclus exclusivement par échange d'e-mails (cf. art. 11, § 3), ce qui nous semble décevant, étant donné que dans une telle situation, l'incertitude est totale quant à la bonne réception de la commande.

l'adresse de courrier électronique du cocontractant, ou bien en l'affichage d'une page web consécutivement à la validation de la commande sur le site du prestataire. Souvent, par souci de sécurité, les prestataires combinent les deux formules. Le cocontractant est ainsi assuré que sa commande a bel et bien été reçue et enregistrée. Bien que la directive sur le commerce électronique ne précise pas quel doit être le contenu d'un tel accusé de réception, on peut supposer, en toute logique, qu'il devrait contenir un récapitulatif de la commande pour permettre à son destinataire de procéder à une ultime vérification.

Si le cocontractant est un consommateur, le prestataire a également l'obligation de lui confirmer un certain nombre d'informations, en vertu de la législation relative à la protection des consommateurs dans les contrats à distance¹⁴⁴. Cette confirmation doit être faite par écrit ou sur tout autre support durable, à la disposition du consommateur, et auquel il a accès. En pratique, sur les réseaux, la confirmation aura lieu par courrier électronique. Dès lors, il semble logique que le prestataire combine dans un même e-mail confirmation des informations et accusé de réception de la commande. L'objectif de cette confirmation est notamment de rappeler au consommateur, postérieurement à la conclusion du contrat, toutes les informations relatives au contrat, au produit ou au service choisi, à son prix, à l'identité du prestataire, aux modalités de paiement et de livraison, aux garanties, et surtout au droit de rétractation.

79. Outre ces protections légales, on relève que la pratique a spontanément développé des mécanismes permettant une vérification postérieure à la passation de la commande. Au cours de la commande, le client a été invité à se choisir un nom d'utilisateur ainsi qu'un mot de passe, destinés à lui garantir un accès permanent et exclusif à son dossier sur le site du prestataire. A tout moment, il a la possibilité d'accéder à ses données personnelles, de revoir toutes les commandes qu'il a passées depuis son inscription sur le site, et de savoir si ses dernières commandes ont déjà été exécutées ou non. Certains prestataires vont même plus loin, en permettant à leurs clients de modifier, voire d'annuler, leur commande, tant que celle-ci n'a pas été exécutée. Ils informent le plus souvent leur client de cette possibilité dans l'accusé de réception de la commande, ainsi que sur les pages de leur site. On examinera par la suite l'incidence éventuelle de telles pratiques sur le moment de conclusion du contrat via les réseaux.

II. – *Le droit de rétractation :* *un expédient pour le consommateur*

80. Lors de la conclusion d'un contrat à distance, et, à plus forte raison, par voie électronique, le consommateur n'a pas la possibilité d'évaluer *in concreto* l'objet du contrat (*supra*, n° 52)¹⁴⁵, ce qui peut entraîner quelque déconvenue lors de l'exécution. En outre, malgré les dispositifs de vérification et de correction mis en place par le prestataire, il peut arriver que l'une ou l'autre bétise subsiste dans le bon de commande, faussant les données du contrat. Enfin, on ne peut entièrement exclure que le consommateur se soit engagé à la légère et quelque peu hâtivement, en dépit d'un jalonnement soigneux du processus contractuel¹⁴⁶. Le droit de rétractation vient à point pour sortir le consommateur de ce mauvais pas.

¹⁴⁴ Voy. l'art. 5 de la directive sur les contrats à distance et l'art. 79 de la LPC.

¹⁴⁵ En ce sens, voy. le considérant n° 14 de la directive sur les contrats à distance.

¹⁴⁶ On songe notamment au consommateur, imprudent et impatient, qui clique sur le bouton « OK » sans lire les avertissements ou les conditions générales s'affichant à l'écran.

De nombreuses législations accordent au consommateur la faculté de se rétracter, dans une grande diversité de pratiques commerciales, et notamment dans les contrats à distance¹⁴⁷. Un contrat a bel et bien été conclu entre un professionnel et un consommateur¹⁴⁸, mais le législateur alloue à ce dernier un délai, pendant lequel il a le droit de remettre en cause l'engagement pris, et ce, sans contrepartie ni justification¹⁴⁹. L'objectif est donc de favoriser la réflexion du consommateur, pendant une « période de refroidissement » après l'acceptation, afin d'assurer que le consentement a été donné de manière suffisamment éclairée¹⁵⁰.

Le fondement de ce droit de rétractation (ou de renonciation) réside dans le danger que constitue la technique particulière employée pour contracter, mettant en péril le libre arbitre du consommateur¹⁵¹. Le législateur a considéré que, dans de tels contrats, ni l'information préalable du consommateur, ni la théorie des vices du consentement, ne suffisaient à garantir sa protection et qu'il fallait, partant, lui ménager une « porte de sortie », au cas où il viendrait à regretter son engagement.

Remarquons que l'efficacité de ce procédé juridique exige une information du consommateur, non seulement préalablement, mais aussi postérieurement à la conclusion du contrat¹⁵². Au moment de passer commande, le prestataire devra donc indiquer au consommateur s'il dispose ou non d'un droit de renonciation. Ensuite, au stade de la confirmation des informations par e-mail, cette information devra lui être rappelée, ainsi que les modalités d'exercice de ce droit, le cas échéant.

¹⁴⁷ Voy., en droit européen, la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, *J.O.C.E.*, n° L 144 du 4 juin 1997, p. 19 ; directive 94/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 oct. 1994 concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers, *J.O.C.E.*, n° L 280 du 29 octobre 1994, p. 83 ; directive 85/577/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, *J.O.C.E.*, n° L 372 du 31 décembre 1985, p. 31. Voy. aussi la proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 97/7/CE et 98/27/CE, *J.O.C.E.*, n° C 177 E du 27 juin 2000, p. 21.

¹⁴⁸ Notons que la question est controversée et que les théories varient quant au moment exact de conclusion d'un contrat pour lequel un droit de rétractation est prévu. Nous y reviendrons (*infra*, n°s 94 et 95).

¹⁴⁹ Pour un examen détaillé de ce droit, voy. la contribution de L. VANDENHOUTEN, *supra*, Titre III, Chapitre II. En ce qui concerne le droit de renonciation dans les contrats conclus par voie électronique, voy. C. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, « Aspects de la conclusion du contrat par voie électronique », in *Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter ?*, Liège, Ed. du Jeune Barreau, 2001, pp. 192-221.

¹⁵⁰ Voy. L. BERNARDEAU, « Le droit de rétractation du consommateur. Un pas vers une doctrine d'ensemble. A propos de l'arrêt CJCE, 22 avril 1999, Travel Vac, aff. C-423/97 », *J.C.P.*, 2000, p. 626, n° 18 ; D. FERRIER, « Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants », *Dalloz*, 1980, Chron., p. 177, n° 4.

¹⁵¹ D. FERRIER, *Ibidem*, p. 183, n° 37.

¹⁵² Cf. art. 4 et 5 de la directive sur les contrats à distance et, en droit belge, les art. 78 et 79 de la LPC. Voy. aussi V. CHRISTIANOS, « Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs », *Dalloz*, 1993, Chron., p. 31.

81. En pratique, la mise en œuvre du droit de rétractation ne soulève aucune difficulté particulière pour les contrats dont l'exécution a lieu hors ligne. Dès la livraison du produit commandé en ligne, le consommateur qui renonce au contrat renvoie le produit à ses frais, et a droit au remboursement des sommes déjà versées, sans frais supplémentaires ni pénalités. Par contre, l'exercice du droit de rétractation fait davantage question dans le cadre de contrats *conclus et exécutés* via les réseaux¹⁵³ : téléchargement d'un logiciel, accès à une information payante, réalisation d'opérations boursières¹⁵⁴, vidéo à la demande... Dans ces cas, toute restitution pourrait s'avérer difficile, voire inopérante¹⁵⁵. Aussi, de nombreuses exceptions au droit de rétractation ont été prévues, notamment lorsque l'exécution du service a commencé, avec l'accord du consommateur, avant la fin du délai prévu, mais aussi en ce qui concerne la fourniture d'enregistrements audio ou vidéo ou de logiciels informatiques descellés par le consommateur¹⁵⁶. Il est alors indispensable que le consommateur soit informé de la perte de son droit, avant la conclusion du contrat, mais également lors de la confirmation des informations¹⁵⁷.

S'il est vrai que le droit de rétractation peut s'avérer d'un précieux secours pour le consommateur dans l'environnement numérique, on constate que de nombreuses hypothèses tombent sous le coup des exceptions. On peut d'ailleurs douter, avec J.-M. TRIGAUX, que l'instauration de la technique du droit de rétractation soit toujours profitable au consommateur. Habitué à un tel expédient dans le cadre des contrats à distance, il pourrait prendre la mauvaise habitude de conclure des contrats par voie électronique à la légère, ou en pariant sur l'existence d'un droit de rétractation alors que ce droit n'existe pas toujours¹⁵⁸. Au lieu de susciter la réflexion, ce droit pourrait, au contraire, favoriser l'insouciance.

III. – *L'action en annulation pour cause d'erreur vice du consentement*

82. Au vu de ce qui précède, on constate que le législateur a multiplié les procédés juridiques pour éviter que le consentement soit entaché d'un vice. C'est que, de l'avis de nombreux

¹⁵³ Voy. Y. POULLET, « Transactions via Internet et protection des consommateurs », in *Verkoop op afstand en telematica*, Bruxelles, Kluwer, 1997, p. 154, n° 23.

¹⁵⁴ Si les services financiers sont exclus de la directive sur les contrats à distance, ils font l'objet d'une proposition de directive spécifique, déjà citée, qui prévoit également un droit de rétractation du consommateur, avec certaines exceptions, notamment pour les contrats portant sur des titres négociables.

¹⁵⁵ En effet, le prestataire n'a aucun intérêt à se voir restituer le logiciel téléchargé. Voy. B. DE NAYER, « Acheter et vendre sur internet : réflexions sur le cadre juridique belge », *D.C.C.R.*, 1997, n° 34, p. 14.

¹⁵⁶ Voy. l'art. 6, § 3, de la directive sur les contrats à distance. Concernant le descellement de logiciels, de films ou de musiques téléchargés, on note que l'utilisation de logiciels de protection, de clés d'accès ou autres techniques digitales, constituent des scellés aux yeux du législateur. En ce sens, voy. l'exposé des motifs de la loi du 25 mai 1999 transposant la directive sur les contrats à distance en droit belge et modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess.ord. 1998-1999, n° 2050/I, p. 31. Voy. aussi B. DE NAYER, « La loi du 25 mai 1999 (*M.B.*, 23 juin 1999) modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur : un cadre cohérent pour le commerce électronique en Belgique ? », *D.C.C.R.*, 1999, p. 337.

¹⁵⁷ Voy. les art. 4 et 5 de la directive sur les contrats à distance et, en droit belge, les art. 78 et 79 de la LPC.

¹⁵⁸ J.-M. TRIGAUX, « L'incidence de plusieurs législations récentes sur le droit commun des obligations en matière de formation des contrats », *Ann. Dr.*, 1997, p. 236.

auteurs, la théorie des vices du consentement se révèle insuffisante à bien des égards pour assurer la protection de la volonté¹⁵⁹. D'abord, elle n'intervient qu'*a posteriori* ; ensuite, elle nécessite d'intenter une action en justice ; enfin, concernant l'erreur constitutive d'un vice, elle porte sur des éléments essentiellement subjectifs et psychologiques, dont la preuve est parfois difficile à apporter.

Malgré tout, si le cocontractant vient à commettre certaines erreurs et ne bénéficie pas du droit de rétractation¹⁶⁰, il dispose, en dernier recours, de la possibilité de demander en justice la nullité du contrat, pour cause d'erreur constitutive d'un vice du consentement.

Nous avons observé précédemment que les erreurs susceptibles d'être commises lors de la conclusion d'un contrat par voie électronique sont de natures différentes. Alors que l'erreur purement intellectuelle est bien connue dans le cadre de la théorie des vices du consentement, l'on peut s'interroger sur le sort à réserver à l'erreur matérielle, c'est-à-dire l'erreur commise suite à une mauvaise manipulation de l'outil technologique. Là encore, des distinctions théoriques pourraient être établies, selon qu'il y a absence totale de volonté de contracter ou simple erreur dans la saisie des données. Il s'agira éventuellement, dans le premier cas, d'une erreur-obstacle¹⁶¹, dans le second, d'une erreur vice du consentement, toutes deux pouvant justifier l'annulation du contrat.

83. Toutefois, rappelons que toutes les erreurs ne sont pas susceptibles d'entraîner la nullité du contrat, loin s'en faut. En bref, l'on sait qu'à cet égard, trois conditions sont principalement requises¹⁶² : l'erreur doit être substantielle, 'commune' et excusable.

Supposons que le client conclue involontairement le contrat, ou commette une erreur matérielle dans la commande, dans la sélection des biens ou services. Il aurait une chance d'emporter la conviction du juge en établissant que le site est mal présenté, que le processus de commande est obscur ou que le dispositif mis en place pour corriger les erreurs est inconsistant, voire inexistant, etc. Il nous semble que le contrat conclu dans de telles

¹⁵⁹ L. BERNARDEAU, « Le droit de rétractation du consommateur. Un pas vers une doctrine d'ensemble. A propos de l'arrêt CJCE, 22 avril 1999, Travel Vac, aff. C-423/97 », *J.C.P.*, 2000, p. 626, n° 18 ; C. CAVALDO, « L'information et la protection du consommateur dans le domaine de certaines opérations de crédit », *Dalloz*, 1978, Chron., p. 191, n° 6 ; D. FERRIER, « Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants », *op. cit.*, p. 178, n° 6 ; J. GHESTIN, *Le contrat : la formation*, *op. cit.*, n° 365, p. 401.

¹⁶⁰ Le cocontractant pourrait être privé du droit de rétractation pour plusieurs raisons : soit il s'agit d'un professionnel, soit l'objet du contrat tombe dans une des exceptions prévues au droit de rétractation, soit le délai pour exercer ce droit est écoulé...

¹⁶¹ Sur cette notion, voy. L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, *op. cit.*, n° 34 ; J. GHESTIN, *op. cit.*, n° 373.

¹⁶² Notre propos n'est pas ici de revoir en détail la théorie des vices du consentement, mais plutôt d'observer de quelle manière elle trouvera à s'appliquer dans le contexte qui nous préoccupe. Pour un examen plus approfondi de la notion d'erreur constitutive d'un vice de la volonté, nous recommandons la lecture de L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, *op. cit.*, n°s 33 à 40 ; R. DEMOGUE, *Des obligations en général*, Paris, Rousseau, 1923, t. I, n°s 218 et s. ; H. DE PAGE, *Traité*, *op. cit.*, t. I, n°s 34 et s. ; J. GHESTIN, *Le contrat : formation*, *op. cit.*, n°s 368 et s.

Pour un tour d'horizon de la jurisprudence récente en la matière, voy. R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY, B. DE TEMMERMAN, « Overzicht van rechtspraak... », *op. cit.*, pp. 325 et s., n°s 109 et s. ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, pp. 709 et s., n°s 52 à 55 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence (1974 à 1982). Les obligations », *R.C.J.B.*, 1986, pp. 55 et s., n°s 11 à 16.

circonstances pourrait être annulé, même entre professionnels qui auraient dérogé conventionnellement aux dispositions de la directive sur le commerce électronique. Le client pourrait faire valoir que son consentement a été vicié par une erreur à la suite d'un manquement du prestataire au devoir de bonne foi et à ses corollaires¹⁶³.

A l'inverse, s'il s'avère que le prestataire a correctement informé son cocontractant, soigneusement découpé le processus contractuel et mis à disposition les moyens appropriés d'identification et de correction des erreurs, la méprise du cocontractant pourrait être considérée par le juge comme inexcusable. Le caractère excusable de l'erreur s'apprécie selon le critère abstrait du *bonus pater familias*, en tenant compte de l'âge de l'*errans*, de sa profession et des connaissances que l'on peut normalement en attendre¹⁶⁴. Ainsi, le juge pourrait considérer que l'on ne peut attendre une maîtrise suffisante de l'informatique et des réseaux de la part d'une personne d'un certain âge ou d'une certaine classe sociale. Toutefois, l'on peut se demander s'il n'est pas inexcusable, dans ces circonstances, de se lancer dans la conclusion d'un contrat sur les réseaux sans s'adjoindre les conseils ou l'assistance d'une personne expérimentée.

84. Le juge pourrait également refuser l'annulation du contrat en se fondant sur la théorie de l'apparence ou de la confiance légitime¹⁶⁵. Le contrat sera maintenu si l'autre partie pouvait légitimement croire, au vu des circonstances, que la volonté exprimée par voie électronique était la volonté réelle du cocontractant. Il n'est pas nécessaire, en principe, d'établir l'existence d'une faute dans le chef de la personne à qui l'apparence est opposée. Appliquée aux contrats conclus sur les réseaux ouverts, entre parties qui ne se connaissent pas, il semble qu'une telle théorie aboutirait à maintenir arbitrairement la quasi totalité des contrats entachés d'une erreur, même excusable. On voit mal, en effet, quelles pourraient être les erreurs suffisamment manifestes pour conduire à écarter la fausse apparence, si ce n'est l'une ou

¹⁶³ A ce propos, voy., *ad generalia*, J.-L. FAGNART, « L'exécution de bonne foi des conventions : un principe en expansion », note sous Cass. (3^e ch.), 19 septembre 1983, *R.C.J.B.*, 1986, pp. 285 et s. Pour des applications jurisprudentielles, voy. S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WERY, « Chronique de jurisprudence... », *op. cit.*, pp. 701 et s., n^{os} 33 et s.

¹⁶⁴ S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WERY, « Chronique de jurisprudence... », *op. cit.*, p. 710, n^o 54 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence... », *op. cit.*, p. 60, n^o 14. Comp. M. COIPEL, « L'erreur de droit inexcusable », note sous Cass., 10 avril 1975, *R.C.J.B.*, 1978, p. 213, n^o 12, pour qui le caractère inexcusable de l'erreur s'apprécie *in concreto*, en tenant compte des capacités concrètes de l'*errans*.

¹⁶⁵ On sait que la théorie de l'apparence ou de la confiance légitime a été marquée par un revirement dans la jurisprudence de la Cour de cassation à la suite de son arrêt du 20 juin 1988. Des controverses subsistent concernant le fondement de l'obligation issue de la croyance légitime, d'une part, et la portée de cet arrêt, d'autre part. Selon la doctrine majoritaire, il ne fait pas de doute que, depuis cet arrêt de principe, la Cour de cassation considère la confiance légitime en une situation apparente comme une source autonome d'obligations, même en l'absence de faute. Par ailleurs, cette décision, rendue en matière de mandat, reconnaît une force obligatoire à la confiance légitime des tiers. On peut se demander s'il y a lieu de protéger pareillement la confiance légitime *entre cocontractants*. Si la croyance légitime des tiers est reconnue comme une source autonome d'obligations, ne doit-il pas en être de même, *a fortiori*, entre parties contractantes ? En ce sens, S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WERY, « Chronique de jurisprudence... », *op. cit.*, pp. 693 et s., n^o 10 et s., spéc. n^o 11. Pour de plus amples développements sur la théorie de l'apparence et sur la portée de l'arrêt du 20 juin 1988, outre la chronique citée, voy. R. KRUIHOF, « La théorie de l'apparence dans une nouvelle phase », note sous Cass., 20 juin 1988, *R.C.J.B.*, 1991, pp. 51 et s. ; P.-A. FORIERS, « L'apparence, source autonome d'obligations, ou application du principe général de l'exécution de bonne foi. A propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 20 juin 1988 », *J.T.*, 1989, pp. 541 et s.

l'autre aberration : quantités exorbitantes, données contradictoires...¹⁶⁶ Par contre, cette théorie pourrait s'avérer plus praticable dans le cadre de relations suivies entre parties qui se connaissent, notamment en réseau fermé.

85. Il convient encore de signaler l'existence d'une difficulté majeure sur le terrain probatoire. En effet, l'erreur doit être prouvée par celui qui l'a commise. Or, même par toutes voies de droit, il sera le plus souvent malaisé de rapporter une telle preuve. Cette difficulté semble d'autant plus aiguë dans l'environnement numérique, où l'information présente un caractère sensiblement évanescent. Pour reprendre une mésaventure rapportée par un auteur¹⁶⁷, il se pourrait que l'offre du prestataire, affichée sur le site ou dans une publicité en ligne, soit entachée d'une erreur, qui incite le client à passer commande. A l'exécution du contrat, ce dernier constate que le produit n'est pas conforme à la description qui en était donnée. Mais entre-temps, le prestataire a rectifié la situation, de sorte que l'offre apparaissant désormais sur son site est parfaitement correcte. Vu le caractère éphémère des informations disponibles sur les réseaux, comment apporter la preuve que l'offre était erronée *au moment de la passation de la commande* ?

Face aux difficultés éprouvées par l'*errans* pour établir son erreur, certains auteurs, s'inspirant de la législation belge en matière de contrats conclus à distance avec un consommateur¹⁶⁸, suggèrent un renversement de la charge de la preuve¹⁶⁹. Il reviendrait alors au prestataire de prouver qu'il a tout mis en œuvre, dans l'agencement de son site, pour prévenir, autant que possible, la commission d'erreurs par le consommateur. Il s'agit là d'un choix que le législateur belge pourrait poser lors de la transposition de la directive sur le commerce électronique en droit interne. Si une telle mesure peut se justifier en ce qui concerne les relations entre un professionnel et un consommateur, considéré comme partie faible, on s'interroge sur l'opportunité de l'étendre aux relations entre professionnels, censés négocier d'égal à égal. Quoi qu'il en soit, il semble que la solution ne fasse qu'éluder le problème, car on doute que le prestataire soit mieux armé pour y faire face. En effet, la preuve ne sera guère plus facile à rapporter de son côté, à moins de confier à un tiers de confiance le soin d'archiver les pages de son site et d'acter chacune des modifications qui y serait apportée... précaution peu courante et, à supposer qu'elle soit techniquement réalisable, fort coûteuse. Force est d'admettre qu'à l'heure actuelle, le caractère malléable et évolutif d'un site web peut être source de difficultés sur le plan de la preuve.

¹⁶⁶ Des réserves comparables sont exprimées par C. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, « Aspects de la conclusion du contrat par voie électronique », in *Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter ?*, *op. cit.*, p. 164.

¹⁶⁷ X. LINANT DE BELLEFONDS, « L'internet et la preuve des actes juridiques », *Expertises*, 1997, p. 225.

¹⁶⁸ Cf. art. 82, § 1^{er}, de la LPC, telle que modifiée par la loi du 25 mai 1999, *M.B.*, 23 juin 1999.

¹⁶⁹ C. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, *op. cit.*, p. 166.

CHAPITRE III

LA RENCONTRE DES VOLONTÉS SUR LES RÉSEAUX

86. D'un point de vue dynamique, l'on considère classiquement que le contrat naît de la rencontre de deux volontés, lesquelles se manifestent, en ordre chronologique, par une offre et une acceptation. Autour de ces deux concepts se sont développées diverses théories, destinées à déterminer à quel moment se forme le contrat lorsque les parties ne sont pas en présence l'une de l'autre.

Il convient à présent de vérifier l'adéquation des théories classiques à la formation du contrat par voie électronique. Pour commencer, nous examinerons le duo de l'offre et de l'acceptation à la lumière des pratiques ayant cours sur les réseaux (section 1). Nous achèverons notre étude par quelques considérations sur la théorie des contrats entre absents à l'ère du numérique (section 2).

SECTION 1^{re}. – La théorie de l'offre et de l'acceptation

87. En droit belge, la notion d'offre désigne une proposition ferme, précise et non équivoque de contracter portant sur tous les éléments essentiels et substantiels du contrat, de telle sorte qu'il suffit à son destinataire de l'accepter pour que le contrat se forme¹⁷⁰. Il n'est pas nécessaire que l'offre de contracter soit adressée à une personne déterminée, notre droit connaissant également les offres faites au public.

Nous tâcherons d'abord de distinguer l'offre de l'acceptation sur les réseaux (I), avant de tenter l'application de cette séquence classique à certains mécanismes spécifiques à la conclusion de contrats par voie électronique (II).

I. – *Les notions d'offre et d'acceptation par voie électronique*

88. Toute volonté émise sur les réseaux conformément aux conditions énoncées ci-dessus pourra être qualifiée d'offre au sens juridique du terme. Ainsi, en raisonnant par analogie avec les exemples classiques dégagés par la doctrine¹⁷¹, l'on peut considérer comme une offre les pages web présentant de manière suffisamment détaillée les produits et services ('vitrine virtuelle', catalogue en ligne...), un message posté dans un groupe de discussion, une petite

¹⁷⁰ Voy. R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY, B. DE TEMMERMAN, « Overzicht van rechtspraak... », *op. cit.*, p. 305, n° 93 ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence... », *op. cit.*, p. 714, n° 73 ; P. VAN OMMEFLAGHE, « Examen de jurisprudence... », *op. cit.*, p. 134, n° 52. Pour un examen nourri des notions d'offre et d'acceptation, nous renvoyons à la thèse de J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1970, ainsi qu'à la contribution substantielle de C. DELFORGE dans le présent ouvrage, *supra*, Titre II.

¹⁷¹ H. DE PAGE, *Traité*, t. II, n° 515 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1981, t. III, n° 11.

annonce affichée sur un site, ou encore un simple courrier électronique. Qu'importe le *medium* : l'on ne s'attachera qu'au contenu pour déterminer s'il s'agit d'une offre ou non.

En principe, la publicité ne constitue pas en soi une offre, mais elle peut être considérée comme telle dès l'instant où sa formulation est précise et complète au point que son acceptation suffit à conclure le contrat. Dans le contexte des réseaux, cette question acquiert une dimension tout à fait nouvelle et originale par rapport aux canaux publicitaires traditionnels¹⁷². En effet, grâce à la technique des hyperliens, il est possible de passer, en deux temps trois clics, d'une simple publicité à un catalogue en ligne, puis du catalogue à un bon de commande (*supra*, n° 8). Dans ces circonstances, la publicité sur les réseaux ne revêt pas le caractère d'une sollicitation en tant que telle, étant souvent formulée sommairement, mais elle est intimement liée à l'offre, permettant d'y accéder directement et aisément. Afin de prévenir tout risque de confusion, le législateur européen pose le principe de l'identification des publicités en tant que telles (art. 6 de la directive sur le commerce électronique).

L'offre étant précise et détaillée, elle devra logiquement indiquer le moyen d'y répondre. Bien entendu, il peut y avoir offre par voie électronique alors que la conclusion du contrat s'opère via des modes plus classiques. Tel serait le cas d'un site qui aurait pour unique fonction de présenter sur les réseaux le catalogue des produits d'une entreprise, sans permettre l'achat en ligne, mais en indiquant les différents points de vente « en dur »¹⁷³ où le client peut les acquérir.

Si l'acceptation peut être émise par voie électronique, l'on affichera une adresse de courrier électronique, ou un hyperlien renvoyant à une page web contenant un formulaire de commande. Dans notre conception classique, l'envoi d'un bon de commande dûment complété ou d'un e-mail constituerait une acceptation, donnant lieu à la conclusion du contrat.

89. Malheureusement, la situation est loin d'être aussi claire, lorsqu'on considère la question sous l'angle du droit comparé. En effet, les réseaux numériques tissent leur toile bien au-delà de nos frontières géographiques, et permettent la conclusion de contrats avec des partenaires de tous horizons, relevant d'autres ordres juridiques. De là, l'affrontement de conceptions juridiques divergentes autour d'un même contrat à caractère transnational. Or, s'il est une question disputée sur le terrain de la formation du contrat, c'est bien la notion d'offre !

Un regard furtif chez nos voisins et nous voilà confrontés au concept d'invitation à offrir (*invitatio ad offerendum*), développé notamment en droit anglais et allemand¹⁷⁴. Partant du postulat que la volonté de s'engager fait défaut chez celui qui fait une offre à un public indéterminé, il est considéré qu'une vitrine virtuelle ou un catalogue en ligne constituent, tout au plus, une invitation à émettre une offre. Le fondement d'une telle construction théorique

¹⁷² Les modes de publicité sur les réseaux sont pléthoriques et l'imagination des sociétés de marketing sans borne. On mentionnera la traditionnelle bannière publicitaire et le courrier électronique non sollicité (ou *spamming*). Toutefois, il semble que ces deux procédés soient déjà en passe de rejoindre la préhistoire du web, cédant la place à d'autres techniques de marketing, au jargon pour le moins hermétique : *superstitiel*, *pop-up*, *marketing viral*, *e-gaming*... Aussi nous ne nous mouillerons guère dans ces eaux en perpétuel mouvement, en confiant au lecteur le soin de s'informer régulièrement par la presse spécialisée.

¹⁷³ Selon un jargon couramment usité dans le secteur du marketing électronique, l'on distingue le commerce électronique du commerce « en dur », c'est-à-dire réalisé via le traditionnel magasin.

¹⁷⁴ Cf. également l'article 14 de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises.

semble résider dans la nécessité de protéger l'offrant, lorsqu'il émet une offre au public, contre le risque d'insolvabilité de son cocontractant, ou la rupture de stock susceptible d'engager sa responsabilité contractuelle¹⁷⁵. Dans cette conception, les rôles sont inversés : de destinataire de l'offre, le client devient offrant. Le bon de commande se mue alors en offre, et le sort du contrat est entre les mains du prestataire, qui demeure libre d'accepter ou non¹⁷⁶.

Il s'ensuit qu'une même situation est susceptible de recevoir deux qualifications fondamentalement différentes selon le droit applicable au contrat. De là, une grave insécurité juridique et une certaine confusion, l'une des parties croyant répondre à une offre, l'autre estimant n'avoir fait qu'une invitation à offrir, chacune se fiant à son droit national. Notre propos n'est pas ici de pénétrer les arcanes du droit international privé afin de révéler la loi applicable à chaque situation¹⁷⁷, mais de souligner l'une des difficultés majeures soulevées par les notions d'offre et d'acceptation au regard des contrats formés sur les réseaux.

II. – De quelques mécanismes singuliers

90. On relève sur les réseaux l'existence de mécanismes particuliers concourant à la formation du contrat par voie électronique, tels que le système du 'double clic' (A), l'accusé de réception de la commande (B), certaines pratiques spécifiques mises en place par les prestataires eux-mêmes (C) ou encore l'existence d'un droit de renonciation (D). Nous examinerons successivement chacun de ces procédés afin de déceler d'éventuelles discordances ou originalités au regard de la séquence classique de l'offre et de l'acceptation.

A. – Vers une formation successive du contrat par voie électronique ?

91. Plus haut, nous avons fait état d'une formation progressive du *consentement* du client, à la faveur d'un cheminement par étapes successives et passages obligés (*supra*, n^{os} 71 et 72). Au terme de ce processus, le client est invité à exprimer son accord définitif, qui le liera juridiquement, en deux (voire trois) « clics » : un premier pour *accepter* le contenu de la commande, un second (et parfois un troisième) pour *confirmer* son acceptation, après vérification. Ce système est couramment baptisé « double (ou triple) clic ».

Ainsi, cliquer, c'est vouloir. Mais il faut cliquer plusieurs fois pour manifester pleinement cette volonté et se trouver engagé. Ce procédé n'est pas sans évoquer la '*punctuation*', entendue, dans son acception large, comme « la formation du contrat par couches successives, ou encore la conclusion du contrat point par point »¹⁷⁸. La technique du « double clic » final autorise-t-elle à parler d'une *formation successive* du contrat sur le Web¹⁷⁹ ?

¹⁷⁵ Voy. C. WITZ, *Droit privé allemand*, vol. I, Paris, Litec, 1992, p. 133, n° 144.

¹⁷⁶ Pour des considérations similaires dans le contexte de la conclusion de contrats par voie télématique, voy. J. LAFFINEUR et M. GOYENS, *La télématique grand public en Belgique*, Bruxelles, Story-Scientia, 1989, pp. 94 et s.

¹⁷⁷ Pour un examen de cette question, voy. A. CRUQUENAIRE et C. LAZARO, « La loi applicable aux contrats conclus via Internet », in *Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter ?*, Liège, Ed. du Jeune Barreau, 2001, pp. 260 et s. ; S. FRANCO, « Internet : un monde sans frontière ? La loi applicable aux contrats conclus sur Internet », in *Ubiquité*, 2000/7, pp. 47-69.

¹⁷⁸ A. RIEG, « La '*punctuation*'. Contribution à l'étude de la formation successive du contrat », *op. cit.*, p. 593. L'auteur souligne que le terme est souvent employé dans un sens plus étroit et plus technique : « il désigne alors

Dans la présentation classique de la théorie de l'offre et de l'acceptation, l'adhésion à l'offre peut se manifester par un simple « oui » : dès cet instant, le contrat est formé. Qu'en est-il ici ?

Le premier clic, à lui seul, ne saurait conduire à la formation du contrat. S'il n'est pas suivi d'un second clic, exprimé après vérification de la commande, tout se passe comme si la commande n'avait jamais eu lieu. Ce n'est qu'au deuxième clic, confirmant le premier, que le contrat est scellé. Ainsi, le premier « clic », est nécessaire, mais non suffisant, pour former le contrat. Celui-ci ne sera conclu qu'à l'instant du second clic.

On se trouve donc, à tout le moins, en présence d'un mécanisme original de conclusion du contrat en plusieurs temps. De quoi apporter de l'eau au moulin des auteurs qui ont mis en question la conception « instantanéiste » de la formation des contrats ? Pas si sûr !, dans la mesure où le contenu obligationnel du contrat n'évoluera pas, en principe, dans le laps de temps séparant les deux clics finaux, contrairement aux situations visées par la théorie de la *punctuation*. Et si tel devait être le cas, le client serait invité à marquer son accord sur la nouvelle formulation de sa commande par un nouveau « double clic ».

B. – Le rôle de l'accusé de réception de la commande par voie électronique

92. Postérieurement à l'envoi de la commande, le prestataire a l'obligation de faire parvenir à son cocontractant, à bref délai et par voie électronique, un accusé de réception de la commande. Cette exigence résulte de l'article 11, § 1^{er}, de la directive sur le commerce électronique. L'on sait qu'au cours de son élaboration, cet article a connu de profondes mutations¹⁸⁰. A l'origine, il était question de déterminer le moment de conclusion du contrat par voie électronique, indépendamment des notions d'offre et d'acceptation tant débattues entre les Etats membres. Le contrat devait être conclu quand le destinataire du service recevait l'accusé de réception de la part du prestataire¹⁸¹. En définitive, tout espoir de parvenir à un accord sur ce point fut abandonné, et l'article 11 se borna à imposer au prestataire l'obligation d'envoyer un accusé de réception de la commande¹⁸². Le repli sur le terme, imprécis, de

l'écrit que les parties ont rédigé pour fixer les points des négociations sur lesquels elles sont, dès à présent, d'accord ». C'est d'ailleurs cette dernière acception qui fait l'objet de son étude. Sur le concept de *punctatio*, comp. cependant C. DELFORGE, *supra*, Titre II, Chapitre IV, n° 155-174.

¹⁷⁹ La possibilité d'une formation progressive du contrat a déjà fait l'objet de plusieurs études, particulièrement en ce qui concerne les contrats complexes. Voy. M. FONTAINE, « Offre et acceptation, approche dépassée du processus de formation des contrats ? », in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 115-133 ; J.-M. MOUSSERON, « La durée dans la formation des contrats », in *Études offertes à Alfred Jauffret*, Éd. de la faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, pp. 509-524 ; ainsi que A. RIEG, « La 'punctuation'. Contribution à l'étude de la formation successive du contrat », *op. cit.*, pp. 593-607.

¹⁸⁰ Pour un historique du processus de discussion de cet article, voy. R. JULIA-BARCELO, E. MONTERO, A. SALAÜN, « La proposition de directive européenne sur le commerce électronique : questions choisies », in *Commerce électronique : le temps des certitudes*, Cahiers du CRID, n° 17, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 23-28.

¹⁸¹ Voy. la proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, COM (1999) 427 final.

¹⁸² Voy. la recommandation pour la deuxième lecture relative à la position commune du Conseil en vue de l'adoption de la directive du parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques des services

commande répond au souci d'éviter toute référence aux notions – non uniformes au sein de l'Union européenne – d'offre et d'acceptation. On s'interroge à présent sur l'incidence de cette obligation sur le plan de la formation du contrat.

Si l'on considère l'envoi de la commande comme une acceptation de l'offre du prestataire, il semble que l'accusé de réception, postérieur à cette acceptation, n'ait aucune influence sur la formation du contrat. Elle présente en tout cas l'avantage d'assurer au client que sa commande a bien été reçue par le prestataire, et donc que le contrat est formé. Elle lui offre en outre un moyen de preuve de l'existence du contrat, en cas de contestation¹⁸³.

A l'inverse, dans la perspective de l'*invitatio ad offerendum*, la commande s'analyse en une offre, et le contrat ne sera conclu que par l'acceptation de celle-ci par le prestataire. Est-ce à dire que l'accusé de réception de la commande, envoyé par le prestataire à son client, peut être assimilé à une acceptation de l'offre ? Les risques de confusion nous semblent importants, à cet égard, et l'on ne saurait trop recommander la prudence dans la formulation de l'accusé de réception.

En effet, un prestataire pourrait accuser réception de la commande *en se réservant le droit de refuser ou d'accepter l'offre*, dans un délai raisonnable et dans les limites de la théorie de l'abus de droit. Dans ce cas, le prestataire devrait mentionner, de manière explicite et bien visible, une telle réserve. Si le libellé de l'accusé de réception est sans équivoque, ce message n'aura d'autre fonction que d'informer le client de la réception de son offre, sans fixer, à ce stade, le sort du contrat. Faute de quoi, l'accusé de réception ayant tout l'air d'une acceptation, le client pourrait légitimement croire son offre acceptée et le juge décréter le contrat conclu, en application de la théorie de l'apparence ou de la confiance légitime.

Toutefois, dans la plupart des cas, le prestataire enverra son acceptation de l'offre avec l'accusé de réception, dans le même instrument. En tout état de cause, l'accusé de réception, *en soi*, n'entraîne pas la conclusion du contrat. C'est *seulement lorsqu'il contient une acceptation*, expresse ou tacite, qu'il conduit à la formation du contrat (et pourra éventuellement servir de moyen de preuve). Il n'y a là qu'une application très classique de la théorie générale de l'offre et de l'acceptation.

C. – Les mécanismes développés par les acteurs des réseaux

93. Outre les procédés juridiques particuliers imposés par la loi, on relève l'existence de mécanismes originaux, développés par la pratique, et qui, à première vue, semblent bouleverser le bon ordre de la formation du contrat. Ainsi, nous l'avons dit, certains prestataires offrent à leurs clients la possibilité de revenir sur les modalités de leur commande, voire d'annuler cette dernière, tant que le prestataire n'a pas procédé à l'exécution du contrat (*supra*, n° 79).

de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, *P.E. Doc.*, A5 - 106/2000 du 12 avril 2000, pp. 7 et 9.

¹⁸³ Voy. R. JULIA-BARCELO, E. MONTERO, A. SALAÜN, « La proposition de directive européenne sur le commerce électronique : questions choisies », in *Commerce électronique : le temps des certitudes*, *op. cit.*, p. 30.

Il semble que l'on puisse analyser une telle clause contractuelle comme une simple condition résolutoire potestative accordée conventionnellement par le prestataire à son cocontractant. Il n'y a là, semble-t-il, aucune contrariété à l'article 1174 du Code civil, puisque, selon la doctrine classique, seule serait prohibée la condition *suspensive* purement potestative¹⁸⁴. En effet, la condition résolutoire potestative n'empêche nullement le contrat de se former et de produire ses effets, jusqu'à la réalisation de la condition. *In casu*, le prestataire ne se réserve pas la faculté de ne pas exécuter ses obligations, ce qui serait contraire à la notion même d'obligation. Il accorde à ses clients la faveur de pouvoir revenir, de façon discrétionnaire, sur leur engagement, au cours du délai séparant la conclusion du contrat de son exécution par le prestataire.

A l'exercice de ce droit, le contrat est tout bonnement résolu, quand bien même le client se contenterait de modifier sa commande, sans l'annuler. Car, dans cette dernière hypothèse, c'est une volonté nouvelle qui s'exprime, donnant naissance, dès cet instant, à un nouveau contrat. Le contrat initial est supposé n'avoir jamais vu le jour. Il va sans dire que la conclusion du nouveau contrat devrait respecter toutes les exigences imposées par la loi en vue d'éclairer le consentement : accomplissement du devoir d'information, jalonnement du processus contractuel, envoi d'un accusé de réception, etc.

D. – L'incidence du droit de rétractation du consommateur

94. De longue date, la controverse fait rage autour de la nature juridique du droit de rétractation, accordé au consommateur pour une série de contrats spécifiques¹⁸⁵. A cet égard, deux écoles s'affrontent. D'un côté, les tenants de la théorie de la formation progressive du contrat¹⁸⁶, de l'autre, les adeptes du contrat sous condition résolutoire potestative¹⁸⁷. Afin de mieux cerner les effets du droit de rétractation prévu dans le cadre des contrats à distance,

¹⁸⁴ Voy. DE PAGE, *Traité, op. cit.*, t. I, 3^e éd., n° 155 bis, p. 232 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, Bruxelles, Bruylant, 1875, t. XVII, n° 65 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1954, t. VII, n° 1028.

¹⁸⁵ Pour un examen critique des différentes théories en présence, voy. la contribution de L. VANDENHOUTEN, *supra*, Titre III, Chapitre II, n° 33-40, ainsi que L. BERNARDEAU, « Le droit de rétractation du consommateur. Un pas vers une doctrine d'ensemble. A propos de l'arrêt CJCE, 22 avril 1999, Travel Vac, aff. C-423/97 », *J.C.P.*, 2000, pp. 623 et s. ; J. CALAIS-AULOY, « La loi sur le démarchage à domicile et la protection des consommateurs », *Dall.*, 1973, Chron., p. 266 ; V. CHRISTIANOS, « Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs », *Dall.*, 1993, Chron., pp. 28 et s. ; D. FERRIER, « Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants », *Dall.*, 1980, Chron., pp. 183 et s. ; J.-M. TRIGAUX, « L'incidence de plusieurs législations récentes sur le droit commun des obligations en matière de formation des contrats », *Ann. Dr.*, 1997, pp. 231 et s. ; P. VAN OMMESELAGHE, « Le consumérisme et le droit des obligations conventionnelles : révolution, évolution ou statu quo ? », in *Hommage à J. Heenen*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 524 à 528.

¹⁸⁶ J. CALAIS-AULOY, « La loi sur le démarchage à domicile et la protection des consommateurs », *op. cit.*, p. 266 ; V. CHRISTIANOS, « Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs », *op. cit.*, p. 30 ; P. VAN OMMESELAGHE, « Le consumérisme et le droit des obligations conventionnelles... », *op. cit.*, p. 528.

¹⁸⁷ L. BERNARDEAU, « Le droit de rétractation du consommateur. Un pas vers une doctrine d'ensemble... », *op. cit.*, p. 627 ; D. FERRIER, « Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants », *op. cit.*, p. 186.

nous prendrons appui sur ces théories, développées autour de droits de rétractation spécifiques dans des contextes divers.

Selon le premier courant, lorsqu'un délai de rétractation est alloué au consommateur, le contrat ne se conclut pas instantanément, mais se forme de façon successive. Deux tendances sont à distinguer au sein de ce premier courant. Pour certains, le contrat n'est formé qu'à l'expiration de ce délai¹⁸⁸. Il s'agit donc d'une exception au principe du consensualisme. Pour d'autres, le contrat est *parfait* dès l'échange des consentements, mais son *efficacité* est tributaire du non-exercice du droit de rétractation. C'est-à-dire qu'il produit déjà certains effets, mais ne pourra être complètement exécuté qu'au terme du délai¹⁸⁹. C'est le cas lorsque la livraison du bien a eu lieu, mais qu'aucun paiement ne peut être exigé du consommateur avant l'expiration du délai de rétractation.

95. Ces théories, au demeurant fort séduisantes, semblent difficilement applicables au droit de rétractation reconnu au consommateur dans le cadre des contrats à distance. En effet, si l'on s'en tient aux termes de l'article 6 la directive sur les contrats à distance¹⁹⁰, le contrat paraît bel et bien conclu dès l'échange des consentements, puisque le délai commence à courir, pour les services, « à compter du jour de la conclusion du contrat ». Non seulement le contrat est parfait, mais son efficacité ne fait aucun doute, étant donné qu'il peut y avoir paiement immédiat et livraison du bien avant l'expiration du délai.

Selon le deuxième courant évoqué plus haut, l'on a affaire à une véritable condition résolutoire potestative. Le législateur offrirait au consommateur la faculté discrétionnaire de résoudre le contrat dans un certain délai, par dérogation au principe de l'autonomie de la volonté¹⁹¹. A l'appui d'une telle idée, l'on invoque souvent l'exemple de la vente à réméré, qui n'est pas sans présenter quelque similitude avec le droit de rétractation¹⁹².

Pour notre part, la tentation est grande de regarder le droit de rétractation, tel qu'il est prévu pour les contrats à distance, comme une condition résolutoire potestative. A nouveau, il n'y a pas là matière à remettre en question la théorie classique de l'offre et de l'acceptation. Le contrat est parfait et produit tous ses effets dès l'échange des consentements, mais le

¹⁸⁸ Voy. J. CALAIS-AULOY, *op. cit.*, p. 266.

¹⁸⁹ Voy. V. CHRISTIANOS, *op. cit.*, p. 30, à propos de l'article 3 de la loi française du 22 déc. 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile ; P. VAN OMMESELAGHE, *op. cit.*, p. 528, à propos notamment des *anciennes* dispositions relatives à la vente à distance de produits et aux ventes conclues en dehors de l'entreprise du vendeur, dans la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce, telle qu'elle se présentait avant sa modification par la loi du 25 mai 1999.

Toutefois, selon J.-M. TRIGAUX, le contrat serait « valablement formé (et non pas parfait) dès l'échange des consentements. Ce n'est qu'à l'expiration du délai de réflexion qu'il devient en effet parfait », *op. cit.*, p. 235, à propos de l'article 18 de la loi du 12 juin 1991 sur le crédit à la consommation, *M.B.*, 9 juillet 1991.

¹⁹⁰ Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, *J.O.C.E.*, n° L 144 du 4 juin 1997, p. 19. Voy. aussi l'art. 80 de la LPC, modifiée par la loi du 25 mai 1999, *M.B.*, 23 juin 1999.

¹⁹¹ Voy. L. BERNARDEAU, *op. cit.*, p. 624, n° 4, à propos de la directive 85/577/CEE du 20 déc. 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas des contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, *J.O.C.E.*, n° L 372, du 31 déc. 1985, p. 31. L'auteur y voit également une dérogation à l'article 1174 C. civ, mais nous avons vu que cette disposition est classiquement interprétée comme interdisant les seules conditions *suspensives* potestatives et non les conditions résolutoires potestatives.

¹⁹² D. FERRIER, *op. cit.*, p. 186, n° 50.

consommateur dispose du pouvoir discrétionnaire de revenir sur sa décision. L'exercice de ce droit aura pour conséquence un retour au *statu quo ante*, par la restitution des marchandises livrées et le remboursement des sommes versées, le cas échéant. Le contrat sera réputé n'avoir jamais existé.

SECTION 2. — LE MOMENT ET LE LIEU DE FORMATION DES CONTRATS PAR VOIE ÉLECTRONIQUE

96. Traditionnellement, le droit des obligations distingue contrat entre présents et contrat entre absents, ce dernier étant le contrat « où l'acceptation n'est pas donnée en présence de l'autre partie »¹⁹³. Dans ces circonstances, la détermination du moment et de l'endroit de conclusion du contrat pose question. Aussi, doctrine et jurisprudence se sont-elles appliquées à y répondre, en développant diverses théories.

Rappelons brièvement que, selon les deux principales écoles, un contrat conclu entre absents se forme soit au moment de l'expédition de l'acceptation, soit au moment de sa réception par l'offrant¹⁹⁴. En Belgique, la Cour de cassation a consacré la théorie de la réception, en affirmant qu'un contrat entre parties non présentes est formé lorsque l'offrant « a eu ou a raisonnablement pu avoir connaissance de l'acceptation de son offre »¹⁹⁵.

Dans l'environnement particulier des réseaux, force est d'admettre que l'application de cette théorie présente quelque difficulté, en raison de la prodigieuse rapidité des communications. Cette constatation n'est pas sans rappeler ce qu'écrivait déjà LAURENT, en 1875, à propos des correspondances télégraphiques : « les distances sont presque supprimées, on se parle, on se répond par télégramme avec la rapidité de l'éclair ; les changements intervenus dans les voies par lesquelles on correspond ont aussi amené des changements dans les principes de droit qui régissent l'offre et l'acceptation »¹⁹⁶.

Dans un premier temps, nous tenterons d'appliquer, tant bien que mal, la théorie des contrats entre absents aux contrats conclus par voie électronique. L'expérience nous amènera à nuancer cette théorie, voire à chercher ailleurs les réponses qu'elle ne peut apporter (I). Nous achèverons notre étude par une réflexion d'ordre général sur l'intérêt que peut encore revêtir semblable construction dans le contexte qui nous occupe (II).

¹⁹³ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, op. cit., t. VI, n° 155.

¹⁹⁴ Pour un examen critique des différentes théories, voy. les études classiques de J. HEENEN, « L'acceptation de l'offre faite par correspondance », *R.C.J.B.*, 1962, pp. 303 et s. et de J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1970, pp. 346 à 392.

¹⁹⁵ Cass. 25 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, 1087 ; *R.W.*, 1990-1991, 149 et les conclusions de M. l'avocat général G. D'HOORE ; Cass. 16 juin 1960, *R.W.*, 1990-1991, 750 ; *R.C.J.B.*, 1962, p. 303, note J. HEENEN, « L'acceptation de l'offre faite par correspondance ». Voy. aussi R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY, B. DE TEMMERMAN, « Overzicht van rechtspraak... », op. cit., p. 315, n° 100 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence... », op. cit., p. 138, n° 55.

¹⁹⁶ F. LAURENT, *Principes de droit civil*, op. cit., t. XV, p. 543, n° 472.

I. – *La théorie des contrats entre absents à l'épreuve du numérique*

97. L'application de la théorie des contrats entre absents à l'environnement numérique n'est pas sans poser problème. Les premières difficultés surgissent lorsque l'on considère la question sous l'angle du droit comparé (A). Ensuite, l'on est amené à se poser une foule de questions d'ordre pratique, touchant au moment précis auquel l'acceptation parvient à l'offrant (B), ainsi qu'aux conséquences d'éventuels retards ou pertes au cours de la transmission du message (C). Enfin, l'on est perplexe quant à la détermination du lieu de formation du contrat, dans un monde virtuel et sans frontières (D).

A. – *La divergence des solutions admises en droit comparé*

98. Grâce aux réseaux numériques, on note l'émergence d'un nouveau type de commerce international, dans un espace où les relations se nouent avec la plus grande facilité, sans aucune considération de frontières.

Cette situation soulève, dès l'abord, un problème fondamental de droit comparé. En effet, les théories déterminant le moment et le lieu de conclusion du contrat varient d'un Etat à l'autre, certains privilégiant la théorie de l'expédition, d'autres celle de la réception, d'autres encore alternant l'une ou l'autre en fonction des cas d'espèce. En outre, la controverse portant sur la notion fondamentale d'offre, contrebalancée par celle d'invitation à offrir, creuse davantage le fossé qui sépare le droit de chaque Etat, compliquant dangereusement les situations qui présentent un élément d'extranéité (*supra*, n° 89).

Ainsi, en fonction du droit applicable, le contrat est conclu, selon la conception française¹⁹⁷, lorsque le client envoie son bon de commande ou son e-mail d'acceptation ; selon la conception belge, lorsque le prestataire reçoit la commande ou ledit e-mail ; ou encore, selon les conceptions britannique et allemande¹⁹⁸, au moment où le client reçoit l'acceptation du prestataire.

99. Soucieuse de remédier à cette insécurité juridique flagrante, la Commission européenne a caressé un certain temps l'espoir d'une harmonisation sur ce point. La conception proposée par l'article 11 (anciennes moutures) de la directive sur le commerce électronique pouvait donner l'impression de sonner le glas du concept d'*invitatio ad offerendum* dans le commerce électronique, en fixant définitivement la conclusion du contrat au moment où le destinataire du service recevait du prestataire un accusé de réception de son *acceptation*. En effet, seule était retenue l'hypothèse où le prestataire émettait une *offre*, que le destinataire pouvait

¹⁹⁷ Pour un examen de la jurisprudence française, fort divisée à ce sujet, voy. J. GHESTIN, *Le contrat : formation*, *op. cit.*, n° 243 et s.

¹⁹⁸ En effet, les droits britannique et allemand conjuguent la théorie de l'*invitatio ad offerendum* avec celle de la réception. Voy. en droit allemand, le § 130, abs. 1, du BGB, commenté par C. WITZ, *Droit privé allemand*, vol. I, Paris, Litec, 1992, pp. 133 et s. En droit anglais, MARSH, *Comparative contract law : england, France, Germany*, Aldershot, Gower, 1994, p. 69 ; ainsi que les affaires *Entores Ltd v. Miles Far East Corpn* [1955] 2 All ER 493, CA ; *Brinkibon Ltd v. Stahag Stahl und Stahlwarenhandel GmbH* [1982] 1 All ER 293, HL.

accepter en cliquant sur une icône. La situation où le prestataire ne faisait qu'une invitation à offrir était passée sous silence¹⁹⁹.

On imagine aisément les réticences qu'a pu susciter un tel système auprès des États partisans de l'invitation à offrir, et l'idée de déterminer le moment de conclusion du contrat fut purement et simplement écartée, les négociations n'ayant pu aboutir sur ce point²⁰⁰. Le soin de déterminer ce moment revient donc toujours à chaque Etat, au regard de ses propres règles, sans aucune uniformisation sur le plan européen.

B. – Le moment de réception de l'acceptation

100. Si l'on s'attache à la théorie de la réception, le contrat est formé au moment où l'offrant a la possibilité de prendre connaissance de l'acceptation. Qu'en est-il sur les réseaux ? Le libellé de l'article 11 de la directive sur le commerce électronique n'est pas sans évoquer la théorie de la réception, lorsqu'il précise que « la commande et l'accusé de réception sont considérés comme étant reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès ».

Dans le cas d'une commande passée sur un site de commerce électronique, on suppose que le prestataire a accès au bon de commande au moment où celui-ci atteint son serveur, c'est-à-dire, en temps normal, à peine quelques instants après l'envoi de la commande.

En ce qui concerne les contrats conclus par échange d'e-mails, faut-il considérer que le destinataire a accès à son courrier à partir du moment où celui-ci parvient dans sa boîte aux lettres électronique, située sur son serveur de messagerie, ou lorsqu'il relève sa boîte en téléchargeant ses messages sur le disque dur de son ordinateur, pour pouvoir les consulter ? Si l'on raisonne par analogie avec le courrier postal traditionnel²⁰¹, la première solution semble s'imposer.

En principe, le destinataire a accès au message lorsque celui-ci parvient à son serveur de messagerie. Dès cet instant, l'on peut considérer le contrat formé. La circonstance exceptionnelle dans laquelle l'offrant rencontrerait des difficultés de connexion, le mettant dans l'impossibilité de relever sa boîte aux lettres électronique afin de prendre connaissance de l'acceptation, ne remettrait pas en cause le moment de conclusion du contrat. Tout au plus, l'offrant pourra-t-il se prévaloir de cette situation pour justifier un retard dans l'exécution de ses obligations.

Dans le même ordre d'idées, on n'aura pas égard au fait que l'offrant relève sa boîte aux lettres par intermittence, parce qu'il ne jouit pas d'une connexion permanente, n'a pas accès quotidiennement au réseau, ou ne dispose pas à son domicile du matériel informatique *ad hoc*.

¹⁹⁹ Cf. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 18 novembre 1998 relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, COM (1998) 586 final, p. 28.

²⁰⁰ Voy. la recommandation pour la deuxième lecture relative à la position commune du Conseil en vue de l'adoption de la directive du parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, *P.E. Doc.*, A5 - 106/2000 du 12 avril 2000, pp. 7 et 9.

²⁰¹ Voy. H. DE PAGE, t. II, n° 535, p. 527

Il nous apparaît, en effet, que si l'on prend l'initiative de contracter par voie électronique en émettant une offre, il convient de faire montre de diligence, en vérifiant régulièrement si l'offre a été acceptée.

C. – Les aléas de la transmission sur les réseaux

101. En règle générale, l'acceptation expédiée par voie électronique ne mettra guère plus de quelques secondes, ou quelques minutes, pour parvenir à l'offrant. Toutefois, il n'est pas à exclure qu'un message s'attarde, s'égare ou soit altéré, voire détruit, en chemin. Aussi, convient-il d'examiner les conséquences que peuvent avoir ces perturbations exceptionnelles sur le plan de la formation du contrat.

Même s'ils relèvent de l'exception, les dangers qui menacent un message électronique²⁰² sont bien réels : saturation du réseau, mauvaise configuration des serveurs, pare-feu (ou *firewall*) bloquant un message contenant un virus, etc. A telle enseigne que l'expéditeur peut s'interroger sur la bonne réception, en temps utile, de son message par le destinataire.

L'on objectera que cette situation n'est pas le propre des messages électroniques, et que, dans le cadre des contrats conclus par correspondance, l'acceptant endure la même incertitude. Le problème est écarté par la doctrine, qui s'appuie sur la considération que, le plus souvent, les lettres arrivent à destination : « Il est donc sage, presumant le probable, c'est-à-dire l'arrivée de la lettre sans révocation ni retard, de dire : l'acceptant est suffisamment renseigné sur l'arrivée de sa réponse »²⁰³. Certes, une telle présomption semble raisonnable, le principe étant que, dans des circonstances normales, un message électronique parvient à son destinataire, et ce, presque immédiatement.

Si le message électronique n'arrive jamais à destination, le sort du contrat dépendra de la théorie appliquée. Selon la théorie de la réception, le contrat ne s'est jamais formé²⁰⁴. Comment l'acceptant pourrait-il en être averti ? Le plus souvent, un courrier électronique qui n'a pu être délivré à son destinataire revient à l'expéditeur. De même, sur le web, l'internaute est averti, par un message d'erreur, de l'impossibilité d'afficher une page déterminée²⁰⁵. Mais il arrive quelquefois qu'un message soit tout bonnement perdu, sans que personne n'en sache rien. Enfin, il est à redouter que certains cocontractants fassent preuve de mauvaise foi, en prétendant n'avoir jamais reçu l'acceptation. Comment l'expéditeur apportera-t-il la preuve de la réception d'un message numérique ?

²⁰² Par 'message électronique', nous entendons désigner le courrier électronique, mais aussi les données transmises sur l'internet, telles que l'envoi d'un bon de commande depuis le site web d'un prestataire.

²⁰³ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, op. cit., t. II, n° 577 ; approuvé par J. HEENEN, « L'acceptation de l'offre faite par correspondance », op. cit., n° 16.

²⁰⁴ En ce sens, R. DEMOGUE, op. cit., t. II, n° 575 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, op. cit., t. VI, n° 157.

²⁰⁵ Dans cette hypothèse, il se peut toutefois que le bon de commande soit bien parvenu au prestataire, mais que la réponse du prestataire ne parvienne pas au client, suite à une mauvaise connexion. Dès lors, au lieu de l'affichage de la page web finale avertissant le client que le processus de commande est bien achevé, apparaît un message d'erreur. Le client pourrait en conclure que sa commande n'a pas été reçue.

En revanche, selon la théorie de l'expédition, le contrat est considéré comme conclu même si le message n'est jamais arrivé²⁰⁶. Toutefois, dans cette dernière hypothèse, l'expéditeur du message voulant se prévaloir du contrat devra faire la preuve de l'expédition de son acceptation. Or, sur les réseaux, une telle preuve semble malaisée à produire, du moins en l'absence d'horodatage réalisé par les soins d'un tiers de confiance (*infra*, n° 108).

Concernant les contrats conclus sur un site web, par l'envoi en ligne d'un bon de commande, l'on a vu que le prestataire avait l'obligation d'envoyer un accusé de réception de la commande. Cette solution paraît satisfaisante, si l'on considère le bon de commande comme une acceptation dans le chef du client. Quoique l'on puisse encore ergoter sur la bonne réception de l'accusé de réception lui-même... Par contre, si l'on fait application de la théorie de l'*invitatio ad offerendum*, l'on constate que le problème reste entier : des incertitudes subsistent, dans le chef du prestataire, quant à la réception par le client de son acceptation.

D. – Le lieu de conclusion du contrat dans un monde virtuel

102. Si l'on s'en tient à la théorie de la réception, le lieu de conclusion du contrat serait celui où l'offrant reçoit le message d'acceptation²⁰⁷. De prime abord, ce lieu étant fonction du moment de réception de l'acceptation, l'on songe à l'endroit où se situe le serveur de l'offrant. Toutefois, mieux vaudrait s'écarter d'une telle solution, le serveur étant parfois difficilement identifiable géographiquement et pouvant être situé dans un autre Etat que celui de l'offrant²⁰⁸. De même, l'endroit à partir duquel le pollicitant consulte sa boîte aux lettres électronique n'est pas davantage pertinent, étant donné qu'il est possible de consulter son courrier électronique à partir de n'importe quel point du globe, quel que soit le lieu où se situe le serveur de messagerie. L'une ou l'autre de ces solutions pourrait tenter certains de recourir à des astuces d'ordre technologique pour déjouer les prévisions de l'autre partie.

A notre avis, la solution doit être guidée par le principe de prévisibilité contractuelle : le contrat serait formé à l'endroit où l'acceptant pouvait légitimement s'attendre qu'il le soit, compte tenu des circonstances, et notamment des informations disponibles sur le site de l'offrant ou dans son message de courrier électronique²⁰⁹. Or, nous avons observé qu'il est fait obligation à tous les prestataires en ligne de fournir un certain nombre de renseignements au sujet de leur activité professionnelle, parmi lesquels l'adresse géographique d'établissement²¹⁰. Selon la directive sur le commerce électronique, « le lieu d'établissement

²⁰⁶ A moins, bien sûr, que l'expéditeur ait commis une erreur dans l'adresse du message.

²⁰⁷ Cass., 25 mai 1990, *J.T.*, 1990, p. 724. Voy. aussi J. HEENEN, « L'acceptation de l'offre faite par correspondance », *op. cit.*, n° 20. Notons qu'en France, la solution est différente, puisque la Cour de cassation française semble privilégier la théorie de l'expédition : Cass. fr. (com.), 7 janvier 1981, *Rev. trim. dr. civ.*, 1981, p. 849, obs. F. CHABAS. Voy. aussi J. GHESTIN, *Le contrat : formation*, *op. cit.*, n° 256-1.

²⁰⁸ Pour un raisonnement similaire sur le terrain de l'EDI, voyez L. ELIAS, J. GERARD et G. KUO WANG, *Le droit des obligations faceaux échanges de données informatisées*, Cahiers du CRID, n° 8, Bruxelles, Story-Scientia, 1992, p. 67.

²⁰⁹ Voy. E. MONTERO, « Internet et le droit des obligations conventionnelles », *op. cit.*, n° 10, p. 51.

²¹⁰ Voy. l'art. 5 de la directive sur le commerce électronique et les développements du chapitre II de la présente étude.

d'une société fournissant des services par le biais d'un site Internet n'est pas le lieu où se situe l'installation technologique servant de support au site ni le lieu où son site est accessible, mais le lieu où elle exerce son activité économique »²¹¹. Notons enfin qu'en vertu de l'article 3 de la directive sur le commerce électronique, le lieu d'établissement du prestataire détermine la loi à laquelle il est soumis²¹². Voici donc l'endroit tout trouvé pour la conclusion du contrat par voie électronique !

Toutefois, si l'offrant n'est pas un « prestataire de services de la société de l'information » (au sens de la directive sur le commerce électronique), il n'a nullement l'obligation de fournir les informations susmentionnées. Dès lors, l'on s'attachera à d'autres éléments objectifs, telles la présentation de l'offre ou les éventuelles coordonnées figurant dans le message, pour déterminer le lieu de formation du contrat, auquel l'acceptant pouvait légitimement s'attendre.

La détermination du lieu de formation du contrat par voie électronique pourrait ainsi trouver une réponse plus adéquate que celle fournie par la théorie des contrats entre absents.

103. En définitive, l'on peut se demander si l'intérêt pratique de déterminer le lieu de conclusion du contrat ne se réduit pas à une peau de chagrin, dans la mesure où l'on a de moins en moins égard à ce critère pour déterminer la loi applicable ou la juridiction compétente. En droit français, J. GHESTIN affirme, sans hésiter, que la localisation du contrat dans l'espace n'intéresse plus le droit interne²¹³. En droit belge, toutefois, la compétence territoriale peut encore être déterminée par « le lieu dans lequel les obligations en litige sont nées »²¹⁴. Quant aux conventions de droit international privé²¹⁵, aucun des critères de rattachement qu'elles retiennent ne s'attache au lieu de formation du contrat²¹⁶.

II. – *Considérations critiques*

104. De prime abord, l'application de la théorie des contrats entre absents aux relations qui se nouent sur les réseaux semble aller de soi. Néanmoins, l'examen auquel nous avons procédé a

²¹¹ Voy. le considérant n° 19 de la directive sur le commerce électronique, ainsi que l'article 2, c, définissant la notion de prestataire établi.

²¹² Précisons toutefois que ce principe compte de nombreuses exceptions, dont une de taille : il ne s'applique pas aux contrats conclus par les consommateurs, pour lesquels les règles habituelles du droit international privé continuent de s'appliquer. Voy. l'annexe de la directive sur le commerce électronique. Sur toutes ces questions, nous renvoyons à A. CRUQUENAIRE et C. LAZARO, « La loi applicable aux contrats conclus via Internet », in *Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter ?*, op. cit., pp. 260 et s.

²¹³ J. GHESTIN, *Traité de droit civil*, op. cit., n° 254.

²¹⁴ Voy. l'art. 624, 2°, C. jud. Voy. aussi l'art. 635, 3°, C. jud.

²¹⁵ Voy. la Convention du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, signée à Rome et approuvée par la loi du 14 juillet 1987, *M.B.*, 9 oct. 1987 ; ainsi que le règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O.C.E.*, n° L 12, du 16 janv. 2001, p. 1.

²¹⁶ Les critères de rattachement généralement retenus sont le domicile ou la résidence habituelle de l'une des parties, le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande, ou encore, en matière de droits réels immobiliers, le lieu où est situé l'immeuble. Voy. toutefois l'art. 9, § 1^{er}, de la Convention de Rome qui précise qu'un contrat *conclu entre personnes situées dans un même pays* est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi du pays dans lequel il a été conclu.

révélé la difficulté d'y appliquer les théories de l'expédition et de la réception. Ceci nous amène à nous interroger sur la pertinence d'une telle théorie dans l'environnement numérique.

D'entrée de jeu, il convient d'opérer certaines distinctions selon le moyen artificiel utilisé pour conclure le contrat. Ainsi, il est désormais admis que les contrats qui se nouent par téléphone doivent être considérés comme conclus entre parties présentes quant au moment de leur formation, puisqu'il y a échange instantané des consentements²¹⁷. A notre avis, l'on peut sans conteste assimiler au téléphone des moyens de communication électroniques tels que le *chat*, la vidéo-conférence ou la téléphonie vocale sur l'internet, par lesquels un véritable dialogue en direct s'instaure entre les parties. De leur côté, les contrats passés sur le site web d'un prestataire ou encore par échange de courriers électroniques présentent davantage d'affinités avec ceux conclus par télex ou télécopie, considérés comme des contrats entre absents²¹⁸.

105. Penchons-nous à présent sur les considérations qui forment le berceau de la théorie des contrats entre absents, admirablement exprimées par H. DE PAGE : « Le concours de volonté existe lorsque les consentements sont non seulement *exprimés*, mais aussi *connus* de part et d'autre. Il n'y a *aucun intérêt pratique* à distinguer ce double stade dans les contrats entre présents, parce que volonté exprimée par l'acceptant et volonté connue par l'offrant *ne sont pas séparées par un intervalle de temps* APPRECIABLE. Il n'en est plus de même lorsque les parties sont éloignées l'une de l'autre par la distance, et doivent recourir, pour (...) 'se mettre en rapport', à un moyen artificiel quelconque (...) qui *augmentera* souvent considérablement *l'intervalle de temps* qui sépare le moment où la volonté de l'acceptant est *exprimée*, et celui où elle sera *connue* de l'offrant, et ainsi peut se poser la question de savoir *où* et *quand* le contrat se formera. (...) On voit ainsi que théoriquement, la question du moment, tout au moins, de la formation du contrat se pose aussi bien pour les contrats entre présents que pour ceux entre absents, mais qu'elle n'acquiert d'intérêt pratique que pour ces derniers. »²¹⁹

Ainsi, à l'origine, la théorie des contrats entre absents fut élaborée pour résoudre le problème de la formation des contrats par correspondance, compte tenu de la lenteur des communications postales et du délai important pouvant séparer l'émission et la réception de l'acceptation. En effet, durant cet intervalle, tant d'événements sont susceptibles de venir affecter le contrat naissant : la loi peut changer, l'une des parties tomber en faillite, l'autre devenir (in)capable, l'offre être révoquée, l'objet du contrat subir un sinistre... Il convenait donc de fixer précisément le moment de formation du contrat, afin de déterminer l'incidence de ces différentes circonstances sur les relations contractuelles, sans oublier le point de départ des délais d'exécution, de garantie, de prescription...

106. A la lumière de ces considérations, l'on est en droit de se demander si l'analogie entre le courrier postal et les messages transmis électroniquement est tout à fait pertinente. Si l'on peut incontestablement relever certaines similitudes entre ces deux modes de communication, la rapidité avec laquelle les informations s'échangent ne souffre aucune comparaison²²⁰. Sur

²¹⁷ Voy. H. DE PAGE, t. II, n° 533.

²¹⁸ Voy. Cass., 25 mai 1990, *J.T.*, 1990, p. 724.

²¹⁹ H. DE PAGE, t. II, n° 532

²²⁰ En ce sens, J. DODD et J. HERNANDEZ, « Contracting in Cyberspace », *Computer Law Review and Technology Journal*, 1998, p. 12. A cet égard, le jargon utilisé par les internautes est des plus révélateurs, puisqu'ils désignent eux-mêmes le traditionnel courrier postal par le terme « *snail-mail* ».

les réseaux numériques, les communications s'opèrent de manière quasi instantanée, « en temps réel », quelle que soit la distance qui sépare les interlocuteurs. Quelle peut être, dans un tel contexte, l'utilité de cette théorie d'un autre âge, fondée sur l'intervalle de temps qui sépare l'expédition d'un message de sa réception par son destinataire, alors qu'il ne s'écoule guère plus de quelques minutes, voire quelques secondes, entre ces deux événements ? En effet, il est improbable qu'une faillite, une modification législative ou un sinistre interviennent dans ce délai. Certes, une variation de prix en quelques minutes est envisageable, notamment en ce qui concerne les actions cotées en bourse²²¹, mais cette question est souvent réglée par les parties elles-mêmes, vu la particularité du contrat.

On objectera qu'il n'est pas toujours exact que les communications électroniques se réalisent de manière instantanée. Certes, l'environnement numérique semble se jouer de l'espace et du temps. Mais gare aux chimères ! Cet univers n'a peut-être de virtuel que le nom, et l'appareillage technologique qui le sous-tend prend parfois un malin plaisir à nous ramener à la réalité des connexions interrompues, des mauvaises configurations et des lignes saturées, ralentissant parfois considérablement l'acheminement d'un message sur les réseaux.

Néanmoins, à notre avis, ces perturbations relèvent de l'exception, le *quod plerumque fit* des réseaux voulant qu'un message parvienne presque immédiatement à son destinataire. Dès lors, l'utilité de la théorie des contrats entre absents serait réduite à quelques hypothèses exceptionnelles et anormales, dans lesquelles la distinction entre le moment d'émission de l'acceptation et celui de sa réception aurait une raison d'être. Dans tous les autres cas, c'est-à-dire en règle générale, la théorie des contrats entre absents se révélerait inadaptée.

107. Nous sommes d'avis que, dans la majorité des cas, les contrats conclus par voie électronique relèvent d'une catégorie intermédiaire et inédite, sorte de contrats « quasi entre présents ». Hormis quelques cas spécifiques, nous ne voyons guère l'intérêt de déterminer le moment de conclusion du contrat *à la minute près*. L'on pourrait aussi bien considérer que ce moment a une certaine durée, s'étalant sur quelques instants. En outre, on remarque que, même en ce qui concerne les contrats entre présents, la détermination du moment de conclusion tient davantage à une date qu'à une heure précise.

La tentation est grande de prôner une intervention du législateur pour déterminer le moment de la formation des contrats par voie électronique. Ce serait oublier qu'elle s'avérera de piètre utilité sur les réseaux numériques si elle se cantonne au niveau national. Et l'expérience démontre que, sur ce point, les divergences d'opinion entre les Etats sont telles qu'il a été jusqu'ici impossible d'adopter une position commune, ne fût-ce qu'au niveau européen.

108. Quant à la preuve du moment de conclusion du contrat, elle se révèle dans tous les cas délicate à administrer, quelle que soit la théorie retenue. En effet, on sera bien en peine de prouver à quel moment l'acceptation par voie électronique a été envoyée ou reçue. Là où la théorie des contrats entre absents pose problème, la technologie est susceptible d'apporter des solutions, avec l'appui du législateur, précisément en ce qui concerne le courrier électronique. A n'en pas douter, les problèmes que nous avons examinés mettent en lumière la nécessité pressante d'instaurer un système de recommandé électronique avec accusé de réception, ainsi qu'un dispositif d'horodatage de messages électroniques, confié à un tiers de confiance.

²²¹ Voy. R. JULIA-BARCELO, E. MONTERO, A. SALAÜN, « La proposition de directive européenne sur le commerce électronique : questions choisies », *op. cit.*, p. 25.

Ainsi, l'on aurait non seulement la certitude de la bonne réception du message, mais aussi une preuve du moment précis de cette réception et, *a fortiori*, de la conclusion du contrat.

CONSIDÉRATION FINALES

109. Cependant, peu à peu, on finit par s'apercevoir que les bœufs arrivaient moins fatigués et se vendaient mieux, la viande étant meilleure, que les risques de mer étaient moindres, pour les hommes aussi, que ce nouveau mode de transport était moins coûteux et plus ponctuel, que le poisson arrivait plus frais... Sécurité de voyage, régularité de communication, va-et-vient facile et prompt, multiplication de débouchés, extension du commerce... bref, force fut d'admettre qu'il fallait prendre son parti de ce « Bateau-Diable » qui violait la Bible (comment unir l'eau et le feu, que Dieu a séparés ?), mais enrichissait l'île.

Le bateau à vapeur, conspué à ses débuts, a tôt fait d'entrer dans les mœurs et d'être accepté au même titre que son homologue à voiles. Une fois les préjugés vaincus et les appréhensions dissipées, l'attention a pu se porter aussi sur ses avantages. Il ne devrait pas en aller différemment des réseaux numériques utilisés comme support pour la conclusion de contrats.

110. Notre tour d'horizon des questions juridiques posées par la conclusion des contrats en réseaux ouverts a révélé certaines difficultés liées aux particularités de l'environnement électronique : disparition du papier comme support des actes juridiques, maintien des garanties traditionnelles liées à la culture du papier, automatisation et standardisation du processus contractuel, insécurité relative des infrastructures et des systèmes, etc.

Néanmoins, on a vu que la plupart des solutions pouvaient être trouvées du côté de la technologie elle-même, le cas échéant avec l'appui du législateur : équivalents électroniques, signature numérique, horodatage de documents, recommandé électronique... La qualité des consentements échangés sur les réseaux ne devrait pas être mise en péril. Qui plus est, tout porte à croire que, interactivité, multimédia et hyperliens aidant, la mise en œuvre du devoir d'information peut même être facilitée.

Pour le reste, la théorie générale de la formation des contrats est rarement prise en défaut par le développement des réseaux ouverts. Tout au plus est-on conduit à *préciser* le sort des principes et des concepts classiques dans le contexte électronique, sans toutefois qu'ils soient mis à mal : ainsi en a-t-il été, notamment, des notions d'offre et d'acceptation, de la théorie des vices du consentement, du critère relatif au lieu et au moment de la conclusion du contrat...

111. Enfin, on souligne que l'essor des contrats noués sur les réseaux transfrontières va de pair, d'une part, avec l'émergence de pratiques et d'usages partagés, d'autre part, avec la constitution d'un fonds commun de règles juridiques. Ces dernières sont issues de plusieurs directives européennes, ainsi que des travaux de la CNUDCI et de l'OCDE sur le commerce et la signature électroniques. Aussi est-il permis de penser, ou d'espérer, que le commerce électronique jouera, paradoxalement, comme un formidable catalyseur pour un rapprochement des droits nationaux sur le terrain du droit privé des contrats.

Juin 2001

Table des matières

TITRE V. LA CONCLUSION DES CONTRATS PAR VOIE ELECTRONIQUE	537
INTRODUCTION GENERALE	537
<i>Objet de l'étude</i>	538
<i>Les modalités de conclusion des contrats par voie électronique</i>	539
<i>Incidence du nouveau modus operandi sur les qualifications</i>	541
<i>Les défis juridiques posés par le commerce électronique</i>	542
CHAPITRE I. LE FORMALISME A L'AUNE DES CONTRATS DEMATERIALISES	545
<i>Section 1. La montée en puissance du formalisme</i>	545
I. Les manifestations du formalisme	546
II. Les buts du formalisme	547
III. La nécessité d'une intervention législative	548
A. Principe : la suppression des obstacles à la conclusion des contrats par voie électronique	548
B. Tempéraments au principe	549
<i>Section 2. Principes de politique juridique</i>	550
I. Le principe de l'équivalence fonctionnelle	550
II. Le principe de neutralité technologique	553
III. Le principe de mesure	554
<i>Section 3. Pistes pour une intervention législative</i>	555
I. Une première approche... aléatoire	556
II. Une seconde approche... plus réaliste	556
III. L'intérêt d'une disposition horizontale d'ordre général	556
IV. Des dispositions transversales particulières	557
A. L'exigence d'un écrit	557
B. Les mentions à insérer sous une forme obligatoire	557
C. L'exigence de mentions manuscrites	558
D. L'exigence d'envois par lettre recommandée	559
E. Le formalisme relatif à la présence humaine ou à la localisation	560
F. Le formalisme des contrats réels	561
CHAPITRE II. INFORMATION, TRANSPARENCE ET LOYAUTÉ SUR LES RESEAUX	563
<i>Section 1. La protection du consentement : mesures préventives</i>	563
I. L'obligation précontractuelle de renseignement sur les réseaux	563
A. La description des biens et services offerts	565
B. L'indication du prix des biens et services	566
C. La présentation des conditions générales par voie électronique	567
D. Le devoir de conseil et de mise en garde	571
II. La transparence du processus contractuel sur les réseaux	573
A. L'identification des parties sur les réseaux	573
1. La signature électronique	573
2. Le prestataire et son activité : de la séduction à la confiance	574
3. Le client : un être transparent ou insaisissable ?	575
B. La transparence dans le traitement des données à caractère personnel	578
C. Le jalonnement du processus contractuel	579
D. La prévention des risques d'erreurs	580
<i>Section 2. La protection du consentement : mesures curatives</i>	582
I. Un consentement éclairé <i>a posteriori</i>	582
II. Le droit de rétractation : un expédient pour le consommateur	583
III. L'action en annulation pour cause d'erreur vice du consentement	585
CHAPITRE III. LA RENCONTRE DES VOLONTÉS SUR LES RESEAUX	589
<i>Section 1. La théorie de l'offre et de l'acceptation</i>	589
I. Les notions d'offre et d'acceptation par voie électronique	589
II. De quelques mécanismes singuliers	591
A. Vers une formation successive du contrat par voie électronique ?	591
B. Le rôle de l'accusé de réception de la commande par voie électronique	592
C. Les mécanismes développés par les acteurs des réseaux	593
D. L'incidence du droit de rétractation du consommateur	594
<i>Section 2. Le moment et le lieu de formation des contrats par voie électronique</i>	596
I. La théorie des contrats entre absents à l'épreuve du numérique	597
A. La divergence des solutions admises en droit comparé	597
B. Le moment de réception de l'acceptation	598
C. Les aléas de la transmission sur les réseaux	599
D. Le lieu de conclusion du contrat dans un monde virtuel	600
II. Considérations critiques	601

CONSIDERATIONS FINALES..... **ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.**